

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOSÉ MARCELO DE CASTRO LIMA FILHO

**AS ESCRITURAS PÚBLICAS DE COMPRA E VENDA NOS SISTEMAS
NOTARIAIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

**FLORIANÓPOLIS
2006**

JOSÉ MARCELO DE CASTRO LIMA FILHO

**AS ESCRITURAS PÚBLICAS DE COMPRA E VENDA NOS SISTEMAS
NOTARIAIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – Turma Especial Manaus, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luís Otávio Pimentel

FLORIANÓPOLIS
2006

JOSÉ MARCELO DE CASTRO LIMA FILHO

**AS ESCRITURAS PÚBLICAS DE COMPRA E VENDA NOS SISTEMAS
NOTARIAIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela Banca examinadora formada por:

Professor Doutor Luís Otávio Pimentel

Professor Doutor José Isaac Pilati

Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

**Florianópolis
2006**

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho aos meus grandes
amores: Meu pai Marcelo, minha mãe
Marinildes, minha irmã Rebeca e minha
esposa Carla, pessoas que sempre me
prestaram incondicional suporte.
À memória de meu avô, José.*

AGRADECIMENTOS

Diversas pessoas contribuíram, de diferentes formas, para que eu chegasse ao término deste trabalho e a elas eu expressei o meu “muito obrigado”.

Primeiramente a Deus, pela luz nos momentos difíceis, pelas oportunidades que me foram dadas ao longo de toda minha vida.

A meus pais, que sempre me proporcionaram tranquilidade para que eu buscasse os meus caminhos. Agradeço o apoio recebido, sobretudo a partir do segundo semestre do ano passado, o que foi decisivo para que eu conseguisse terminar esta empreitada.

A minha dileta esposa Carla, amiga e companheira de todas as horas.

Ao meu orientador, Luiz Otávio Pimentel, por ter me guiado ao longo dos meus estudos neste programa. Sua compreensão e estímulo foram fundamentais. É uma honra e um prazer ter sido orientado por este brilhante jurista, já reconhecido como um dos grandes internacionalistas brasileiros. Rendo minhas homenagens à sua espantosa cultura e à dedicação à arte de ensinar. É sem dúvida um exemplo e incentivo aos alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

*Este escrito é uma pequena parcela do pagamento
de uma dívida impagável. A credora da colossal
dívida é a minha profissão.*

Carlos Luiz Poisl

RESUMO

A presente dissertação é resultado de uma pesquisa comparativa entre os sistemas notariais brasileiro e português. Foca a importância do tabelião na concretização dos negócios jurídicos, assim como, mais acuradamente, a escritura pública de compra e venda, cuja utilização em ambos os ordenamentos jurídicos, é bastante difundida. Na primeira parte, são abordados os aspectos essenciais do Sistema Notarial Brasileiro, como as origens, a influência portuguesa e a estrutura de funcionamento das serventias. Serão tratadas também as formas de investidura e designação dos notários, sua remuneração, e mecanismos reguladores para finalmente, examinar o instrumento da escritura pública de compra e venda. No segundo capítulo, merece destaque o sistema notarial português, recém inserido num dinâmico processo evolutivo, caracterizado pela privatização, em face do modelo então vigente naquele País. Do mesmo modo, serão tratadas também as formas de investidura e designação dos notários e sua remuneração, e política fiscalizatória. Adotou-se o método comparativo, para identificar semelhanças e diferenças entre os notariados brasileiro e português bem como entre as escrituras públicas de compra e venda enquanto instrumento amplamente utilizado em ambos os Estados. O terceiro e último capítulo lança-se em considerações contemporâneas, a partir da abordagem comparativa, acerca dos sistemas notariais brasileiro e português. É próprio deste estudo, não adentrar em considerações mais densas acerca do objeto, de modo a preservá-lo, estabelecendo uma reflexão firme, sem, contudo, partir para conotação mais conclusiva. Pugna a presente dissertação, pelo aprofundamento do debate, ou estabelecimento de uma agenda voltada para a afirmação da atividade notarial, assim como da escritura pública de compra e venda, como instrumentalizadores do desenvolvimento.

ABSTRACT

This dissertation is the result of a comparative research between Brazilian and Portuguese notary systems. It focuses on the importance of the notary to the consolidation of legal affairs as well as, more precisely the sale deed, which is commonly used in both legal systems. Initially, the essential aspects concerning the Brazilian Notary System are approached, such as its origins, the Portuguese influence and working framework. Regulatory mechanisms, Notary designation rules and compensation will also be object of this portion of the research, until, at last, the analysis of sale deed. In the second chapter, the Portuguese notary system is analyzed, insofar as it has just undergone a dynamic evolution process marked by privatization, instead of its previous archaic model. Similarly to the first chapter, Notary designation rules, compensation, and oversight policy are also part of the scope. The comparative method was chosen in order to identify similarities and differences between Brazilian and Portuguese Notaries, as well as between sale deeds as a widely used instrument in both countries. The third and last chapter traces contemporaneous considerations based on the comparative approach about both Brazilian and Portuguese Systems. This dissertation will not go deeply within the subject in order to preserve it, but rather determine a tight reflection, without however making premature conclusions. This dissertation aims to deepen the debate or establish an agenda aimed at the reaffirmation of the public notary activity as well as the sale deed as enablers of development.

SUMÁRIO

| | |
|-----------------|----|
| Introdução..... | 10 |
|-----------------|----|

Capítulo I – O SISTEMA NOTARIAL BRASILEIRO

| | |
|--|----|
| 1. Considerações Gerais..... | 16 |
| 1. A Influência Portuguesa no Notariado Brasileiro..... | 21 |
| 1.2. Investidura na Função Notarial..... | 26 |
| 1.2.1. A Política Notarial Brasileira..... | 29 |
| 1.2.2. A Lei n. 8.935/94 e o Notariado Brasileiro..... | 34 |
| 1.3. Competência do Notário..... | 38 |
| 1.4. Remuneração e Estrutura de Atividade..... | 41 |
| 1.5. O Controle da Atividade Notarial Pelo Poder Público..... | 44 |
| 1.5.1. A Constituição de 1967/1969 e os Serviços Notariais e Registrais..... | 45 |
| 1.5.2. A Decadência do Estado Intervencionista..... | 49 |
| 1.5.3. A Constituição de 1988 e o Atual Paradigma do Estado Brasileiro..... | 51 |
| 1.5.4. A Administração Pública Gerencial no Brasil..... | 54 |
| 1.5.5. A Administração Pública Gerencial e os Serviços Notariais e Registrais..... | 55 |
| 1.6. A Escritura de Compra e Venda..... | 61 |

Capítulo II – O SISTEMA NOTARIAL PORTUGUÊS

| | |
|--|----|
| 1. Considerações Gerais..... | 74 |
| 2.1. A Função Notarial..... | 80 |
| 2..2. O Notariado Latino..... | 80 |
| 2..3. Natureza da Função Notarial..... | 83 |

| | |
|---|---------|
| 2.4. A Função Notarial em Portugal..... | 84 |
| 2.4.1. Aspectos Gerais..... | 84 |
| 2.4.2. Da Fundação da Nacionalidade até a Primeira Lei Orgânica do Notariado..... | 86 |
| 2.4.3. Da Primeira Lei Orgânica do Notariado até a Criação da Direção Geral dos Registros e do Notariado..... | 87 |
| 2.4.4. Da Criação da Direção geral dos Registros e do Notariado até a Adoção do Sistema do Notariado Latino..... | 94 |
| 2.5. Competência do Notário..... | 98 |
| 2.5.1. Competência Funcional do Notário..... | 99 |
| 2.5.2. Competência Territorial..... | 102 |
| 2.5.3. Cartórios Notariais de Competência Especializada..... | 103 |
| 2.6. Escritura de Compra e Venda..... | 104 |
| 2.6.1. Limitações à Celebração do Contrato..... | 107 |
| 2.7. Remuneração e Estrutura da Atividade..... | 120 |
| Capítulo III – ANÁLISE COMPARATIVA DOS SISTEMAS NOTARIAIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS: PRINCIPAIS DIFERENÇAS..... | 125 |
| 3.1. O Notário..... | 126 |
| 3.1.1. Requisito de Admissão a Concurso..... | 126 |
| 3.2. Controle da Atividade..... | 127 |
| 3.3. Escritura de Compra e Venda..... | 128 |
| Considerações Finais..... | 135 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 140 |

INTRODUÇÃO

Os povos mais cultos e desenvolvidos há muito reconhecem a importância da instituição notarial, elevando-a a um elevado patamar social e jurídico, tendo-a como imprescindível ao bom termo do Direito e da paz social. A preservação da memória de um povo (ou uma civilização) passa, necessariamente, por um eficiente sistema notarial e registral que perpetue os atos jurídicos entabulados na sociedade civil. Daí a importância do seu estudo sistemático e metódico, como a que se propõe este trabalho.

O Brasil passou a integrar o contexto internacional, como colônia portuguesa na América, a partir do início do século XVI, na condição de colônia de exploração e sofrendo as influências diretas das instituições portuguesas, inclusive a notarial. Com a vinda da Família Real portuguesa para o Brasil, em 1808, forçada pelas guerras napoleônicas, nenhuma legislação de interesse e importância assinala a estada da dinastia de Bragança, nenhum Código foi feito ou projetado. As únicas exceções de relevo são: o decreto de 28 de Janeiro de 1808, datado na Bahia e que abre os portos do Brasil ao comércio internacional, equiparando-se à metrópole em posição independente e, o decreto de 16 de Dezembro de 1815, que elevou o Brasil à condição de Reino Unido ao de Portugal e Algarves, assinado para que Portugal pudesse ter representação no Congresso de Viena (1815).

Sendo o Brasil colônia portuguesa, as ordenações que lá vigoravam passaram a vigor aqui também, transformando-se na principal fonte do direito no Brasil, onde tiveram vigência

por longo período, chegando as Ordenações Filipinas a serem aplicadas até o início do século XX.

Desde as primeiras civilizações surgidas na Antiguidade Oriental, organizadas sob Estados Teocráticos e no Sistema de Produção Antigo (asiático ou oriental), baseado na servidão coletiva e trabalho compulsório, a história do notariado confunde-se com a própria história do Direito e das civilizações, sendo, portanto imprescindível para uma avaliação do modo de vida dessas sociedades, seus costumes e sua cultura.

Os notários têm relatado em seus livros a história, registrando através dos tempos, a evolução do Direito e das sociedades. Desde os tempos mais remotos, a sociedade já sentia a necessidade de meios para fixar e perpetuar os seus convênios, surgindo daí a necessidade de atores encarregados de redigir os contratos, não obstante a pluralidade de denominações e o maior ou menor grau de limitação no desempenho da função.

É na civilização egípcia – desenvolvida a nordeste da África, às margens do Rio Nilo - que se encontra o mais antigo representante do notário, o escriba. Os escribas pertenciam às categorias de funcionários mais privilegiadas e a eles era atribuída uma preparação cultural especializada e, por isso, os cargos recebiam o tratamento de propriedade privada e, por vezes, eram transmitidos em linhas de sucessão hereditária. Eram os escribas que redigiam os atos jurídicos para o monarca, bem como atendiam e anotavam todas as atividades privadas. No entanto, como não eram possuidores de fé pública, havia a necessidade de que os documentos

por eles redigidos fossem homologados por autoridade superior, a fim de alcançar valor probatório.

O povo hebreu também teve seus notários. Segundo Antônio Augusto Firmo da Silva¹, no direito hebreu existiam o escriba (notário) da lei, o escriba do povo, o escriba do rei e o escriba do Estado. Também os escribas hebreus eram possuidores de uma preparação cultural especial, gozando de grande prestígio, sendo os escribas da lei e os do povo, no dizer de João Mendes de Almeida Júnior², revestidos de caráter sacerdotal. As sagradas escrituras dão conta dessa situação quando no livro de Esdras, Capítulo VII, versículo 6, diz: “Esdras, portanto, que era um escriba muito hábil na Lei de Moisés, que o Senhor Deus tinha dado a Israel voltou da Babilônia. O rei concedeu-lhe tudo o que ele pediu, porque a mão do Senhor seu Deus era com ele”; e no Versículo 11: “Esta é, pois, a cópia da carta em forma de edito, que o rei Artaxerxes deu a Esdras sacerdote, escriba instruído nas palavras e nos preceitos do Senhor, e nas cerimônias que Ele prescreveu a Israel”.

Dentre os escribas hebreus, o que mais se assemelhava ao notário, por redigir contratos estando vinculado à atividade privada, era o escriba do povo. Note-se que esses ancestrais do atual tabelião eram somente sacerdotes, faltando-lhes, porém, a fé pública, o poder de autenticar o que redigiam, razão pela qual sua função não se equipara ao conceito atual da função notarial.

¹ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

² Idem.

As civilizações do Oriente Próximo já se encontravam constituídas mesmo antes do ano 3000 a.C.³ quando o Ocidente mediterrânico nada oferece ainda que lhes possa contrapor. Essas civilizações sobrevivem durante milênios, sem se renovar, insensíveis às forças novas que se manifestam na sua vizinhança imediata, mesmo quando estas a dominam. O Oriente semita e Egeu semearam em direção do Ocidente grupos de homens organizados em cidades análogas às das suas região de origem, sofrendo apenas um mínimo de adaptação.

Foi às margens do Mediterrâneo que surgiram as grandes civilizações da Antiguidade Clássica. As civilizações peninsular-mediterrânicas mercantil-escravistas – Grécia e Roma – foram herdeiras de todo um vasto processo de desenvolvimento cultural e civilizatório desenvolvido no mundo mediterrânico e se constituíram no berço da cultura e da própria civilização ocidental.

Na Grécia existiam oficiais públicos encarregados de lavrar os atos e contratos dos particulares que se assemelhavam à função notarial chamados *mnemons*. Sua função e importância foram crescendo conforme o desenvolvimento da vida civil grega, de tal sorte que Aristóteles se referia aos *mnemons* afirmando que existiam em todos os povos civilizados e que eram necessários em uma cidade bem organizada.

Em Roma, onde nasceu o Direito Ocidental, o povo romano, no início dispensava documentos escritos. A lei natural e a boa fé imperavam soberbas e, assim, a palavra dos cidadãos fazia fé em juízo. Entretanto, quando Roma foi fundada pelos latinos às margens do

³ Segundo Maurice Crouzet, 1993.

rio Tibre, era apenas uma aldeia de camponeses e pastores que, num período posterior, ainda sob causas controversas, experimentou um período de expansão entre o século VI e o século I a.C. que a fez senhora de um vasto império construído às margens do mediterrâneo. Com a expansão do sistema de produção escravista e a conseqüente expansão do povo romano e multiplicação das relações civis foram surgindo os vícios, esgaçando a boa fé que reinava e fazendo surgir a necessidade de se dar vigor aos contratos, como forma de guardar a palavra.

João Mendes de Almeida Júnior⁴ ensina que os imperadores Arcádio e Honório, filhos do Imperador Teodósio, nobilitaram o tabelionato colocando-o entre os ofícios municipais e, à semelhança destes, devia ser exercido gratuitamente por todo cidadão inteligente, probo e honesto. Encontra-se no *tabellion*, o antecessor do notário de hoje, de acordo com a interpretação característica do notariado de tipo latino.

Coube a Justiniano I, imperador bizantino e unificador do império cristão, promover a transformação da atividade notarial, até então rudimentar, em profissão regulamentada. A par da importância do ofício dos Tabeliães, quis que eles fossem peritos em direito proporcionando-lhes muitas inovações, como a intervenção dos tabeliães nos inventários, a subscrição nas denúncias que visassem a interromper a prescrição se faltasse magistrado no lugar, dentre outras.

Mais tarde, no século XIII, na Itália, mais precisamente na Universidade de Bolonha, com a instituição de um curso especial, a arte notarial tomou um incremento a tal ponto de os

⁴ *Apud* BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

autores considerarem-na a pedra angular do ofício de notas do tipo latino, tendo acrescentado uma base científica ao notariado. Após a Escola de Bolonha, que se constituiu em um importante marco para a história do notariado, a instituição notarial passou a aprimorar-se cada vez mais, até tomar as feições exatas com que se apresenta hoje.

O desafio da presente pesquisa objetiva fazer um estudo bibliográfico, descritivo e analítico do Sistema Notarial Brasileiro e do Sistema Notarial Português, das interações entre ambos e, estabelecer uma comparação entre as duas Escolas Notariais relacionadas a Escrituras de Compra e Venda, atribuições do notário, investidura e controle da atividade pelo Estado. Com isso, pretendemos realizar uma análise científica destes conceitos, que abunda em países com um notariado evoluído; porém, entre nós, é pedra rara e quase inexistente.

O Notário tem a missão de colocar em prática o direito, outorgando publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos. Baseados nessa premissa, buscamos desenvolver um estudo eminentemente teórico, à luz dos grandes tratadistas, no intuito de que possa servir de instrumento para a elucidação deste tema escurecido pelo tempo e, quem sabe, atizar doutos para que ao direito notarial dêem à devida relevância.

Para compreensão do tema, a presente dissertação está estruturada em três partes: na primeira, é objeto de análise o sistema notarial brasileiro, buscado delimitar suas influências, a história e suas características mais relevantes. No capítulo seguinte, a mesma abordagem foi aplicada, desta feita em relação ao sistema notarial português. Na parte final, ambos os sistemas foram cotejados, de sorte a estabelecer a comparação proposta.

CAPÍTULO I

O SISTEMA NOTARIAL BRASILEIRO

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O presente capítulo tem por objetivo apresentar em linhas gerais a evolução histórica e atual dinâmica acerca do funcionamento dos serviços notariais no Brasil indicando, a partir de uma perspectiva panorâmica, as principais normas aplicáveis e abordando a natureza e os fins dos serviços, o ingresso na atividade, às atribuições dos tabeliães de notas, sua responsabilidade civil e criminal, o encerramento da delegação e a função social desta atividade.

A origem institucional e científica do notariado se encontra no Império Bizantino (Império Romano do Oriente). Segundo Brandelli⁵, foi Flavius Petrus Sabbatius Justinianus, imperador bizantino, unificador do Império Romano Cristão do Oriente, com capital em Constantinopla quem realizou a transformação da atividade notarial, até então rudimentar, em profissão regulamentada.

⁵ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 30.

Embora a designação possa induzir em erro, o notariado latino é todo tipo de notariado adotado nos países de origem latina e que seguem o direito herdado dos romanos, dotados de determinadas características que tornam possíveis o seu agrupamento. O Notário argentino José Adrian Negri⁶ fundador da União Internacional do Notariado Latino, a fim de contribuir para a uniformização do notariado em todos os países, estabeleceu os princípios e requisitos essenciais à estrutura do notariado latino, que são os seguintes:

- a) manutenção da configuração tradicional do notariado como conselheiro, perito e assessor de direito; receptor e intérprete da vontade das partes, redator dos atos e contratos que deva lavrar e portador de Fé dos fatos e declarações que se passem ou se façam a sua presença;
- b) exigência para o exercício da função notarial de estudos universitários de Direito em toda a sua extensão, comprovados com o diploma de bacharel em Direito ou de título que corresponda a disciplinas análogas, acrescido da especialização e prática da função;
- c) limitação do número de notários estritamente de acordo com as necessidades públicas em cada jurisdição, distrito ou circunscrição notarial;
- d) seleção de ordem técnica e moral para ingressar na função notarial pelo sistema de concurso de provas e títulos;
- e) garantia de inamovibilidade para o titular enquanto tiver boa vontade;

⁶ *Apud*, Antônio Augusto Firmo da Silva, p. 39-41.

- f) autonomia institucional de notariado, com seu governo e disciplina a cargo de organismo corporativo próprio;
- g) remuneração do notariado pelo cliente pelo sistema de tabelas legais e com garantias de meios decentes para a subsistência;
- h) aposentadoria facultativa por antiguidade, doença ou limite de idade.

Esta proposição de Negri foi apresentada para análise no I Congresso Internacional do Notariado Latino. Porém, no que tange ao enunciado constante da letra *a*, a comissão encarregada de estudar o tema optou pela seguinte redação: O notário latino é o profissional do Direito encarregado de uma função pública consistente em receber, interpretar e dar forma legal à vontade das partes, redigindo os instrumentos adequados a esses fins e conferindo-lhes autenticidade, conservar os originais destes e expedir cópias que dêem fé ao seu conteúdo. Em sua função está comprometida a autenticação de atos.

Também foi aprovado no citado Congresso a seguinte característica do notariado latino, que não fazia parte da estrutura criada por Negri: é sua aspiração que todos os atos de jurisdição voluntária, no sentido dado a esta expressão nos países de língua castelhana, sejam atribuídos, exclusivamente, à competência notarial.

Os serviços notariais, a exemplo dos serviços registrais – estes excluídos dos objetivos desta pesquisa –, são também chamados de serviços extrajudiciais, em contraposição aos serviços judiciais, estes típicos do Poder Judiciário.

Tal distinção restou sobremodo mais evidente, com o advento da vigente Constituição Federal de 1988, cujo artigo 236⁷ prescreveu o exercício em caráter privado, por delegação do poder público, das atividades extrajudiciais notariais e de registro. Logo, constatou-se uma vez mais a tendência norteadora do constituinte brasileiro, dirigida para o que se conheceu como “Reforma do Estado”, introduzindo substanciais transformações no regime jurídico do notariado, reconhecendo sua importância para o desenvolvimento social.

Uma vez considerado o notariado brasileiro como sendo do tipo latino, é possível melhor situá-lo no cenário mundial. É fato, sob a perspectiva histórica deste notariado, que ele sempre foi colocado no âmbito do notariado latino, porém de forma vacilante. Ocorre que com o advento da Lei n. 8.935/94⁸, fixaram-se importantes conceitos para a sua conceituação mais decisiva como sendo do tipo latino.

Quanto ao discernimento entre os notários de base judicial e administrativa, o brasileiro situa-se numa posição eclética, intermediária, porquanto a delegação de notário no Brasil é dada pelo Poder Executivo. Porém, é ao Poder Judiciário que cabe exercer a fiscalização sobre os serviços delegados. O notariado brasileiro pode, ainda, ser classificado como notariado de profissionais, eis que exercem sua atividade de modo privado, não integrando a categoria de funcionários públicos, com, aliás, determina o artigo 236, caput, da Constituição Federal, e o artigo 3º da Lei n. 8.935/94.

⁷ Art. 236: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

⁸ Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.

Classificam-se ainda os notários brasileiros como de número, porquanto não há liberdade para instalarem-se serventias notariais, sendo o número delas predeterminado, havendo a sua criação somente quando imperativo, por força da necessidade, com base em critério pré-estabelecido. Por fim, no que tange ao notariado colegiado, o brasileiro não os acompanha, eis que aqui não há uma organização colegiada obrigatória, havendo tão somente o agrupamento voluntário dos notários que, por consequência, não tem força obrigatória tampouco poderes legais de fiscalização sobre os notários e sua atividade.

Quais as formas de acesso à função notarial? Quais as atribuições do Notário? Como é composta a estrutura funcional e como se dá a contrapartida remuneratória também são indagações a serem elucidadas a seguir. É assaz importante destacar a preocupação desta pesquisa em demonstrar o nosso entendimento quanto à função notarial e seu desempenho pelo notário, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, é ainda imprescindível fazer menção acerca da origem e conceito da escritura pública e sua situação no sistema normativo brasileiro, para que então se verifique como este documento pode e tem sido verdadeiramente, utilizado de forma profícua. Portanto, demonstra este estudo, a relevância do mais significativo dos instrumentos notariais: a escritura pública de compra e venda. Finalmente, estabelece-se uma análise comparativa em relação à utilização deste instrumento em Portugal, Estado responsável pela colonização do Brasil, e que por esta razão, sua ciência jurídica exerceu considerável influência sobre a atividade de tabelio no país.

2. A INFLUÊNCIA PORTUGUESA NO NOTARIADO BRASILEIRO

No período histórico em que ocorreram os descobrimentos da América e do Brasil, no século XV, como consequência do processo de expansão marítima, comercial e colonial europeia iniciada a partir de 1415 por Portugal e que resultou nas grandes navegações marítimas, afirma Maria Cristina Costa Salles⁹: *“o tabelião acompanhava as navegações fazendo parte da armada das naves, tendo papel relevante no registro dos acontecimentos e, inclusive, nos registros das formalidades oficiais de posse das terras descobertas”*.

De acordo com Jorge Camalier¹⁰, foi no reinado de D. Afonso III (1283) que tiveram início as reformas do notariado, adotando-se em Portugal o Direito Romano e as tendências civilizadoras da Escola de Bolonha, passando o notariado a ser de caráter oficial, adquirindo a fé pública. Vieram depois as Ordenações Afonsinas, em meados do século XV (1447), as Ordenações Manoelinas, em 1521 e as ordenações Filipinas, em 1604, sempre contendo normas relativas tabeliães.

A bem da verdade, até então o notariado português pouco avançava, ficando a mercê da evolução histórica desencadeada principalmente pela Escola de Bolonha. Por força de leis dos anos de 1801, 1808 e 1816, o aspirante a tabelião em Portugal deveria ter provado freqüentar satisfatoriamente uma aula de diplomática e, por lei deveria prestar caução. Frente a essa situação de verdadeira estática notarial, os tabeliães portugueses iniciaram um movimento

⁹ *Apud* BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹⁰ *Apud* BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

de denúncias de defeitos da organização notarial naquele país, exigindo as reformas necessárias.

Como resultado deste movimento deflagrado pelos tabeliães, foi promulgado o Decreto de 23 de dezembro de 1899, trazendo várias alterações à situação instalada. No que concerne à instituição notarial, fixou o número de ofícios notariais e as regras para o seu aumento ou supressão, estruturou a orgânica notarial garantido a estabilidade e a independência dos notários, bem como o contínuo, regular e imparcial exercício da função e criou o Conselho Superior do Notariado.

Quanto ao Notário, definiu-o e elevou-o à categoria de magistrado de jurisdição voluntária e passou a exigir-lhe preparação jurídica adequada, ou seja, bacharelado em Direito ou curso especial de Notário, e idoneidade moral e civil; prescreveu-lhes ainda uma série de garantias como a inamovibilidade, independência e imparcialidade.

Em 14 de setembro de 1900, por Decreto, a designação de magistrados de jurisdição voluntária foi por terra, sendo a partir dali os notários designados de funcionários públicos, designação que os acompanha até hoje. Com o Decreto n. 12.260, de 1926, foi extinto o Conselho Superior do Notariado e criado o Conselho Superior Judiciário, ao qual os tabeliães passaram a ficar disciplinarmente sujeitos

Veio então, em seguida, a criação do Código do Notariado pelo Decreto-Lei n. 35.390, de 22 de dezembro de 1945, e pelo Decreto-Lei n. 37.666, de 19 de dezembro de 1949, depois

convertido na Lei n. 2.049, de 6 de agosto de 1951. O Decreto-Lei n. 35.590 passou a fiscalização do notariado para o Ministério da Justiça e à Direção Geral dos Registos e do Notariado.

O primeiro tabelião a pisar em solo brasileiro foi Pero Vaz de Caminha, que narrou e documentou minuciosamente a descoberta do Brasil e a posse da terra, com todos os seus atos oficiais, traduzindo-se no único documento oficial da descoberta do Brasil.

No Brasil, enquanto colônia de Portugal, o direito português emanava quase todo de ordenações editadas pelo rei como soberano absoluto, dentro da monarquia absolutista, baseada na teoria do direito divino dos reis. Neste contexto, as ordenações que lá vigoravam passaram a vigor aqui também, transformando-se na principal fonte do direito no Brasil, onde tiveram vigência por longo período, chegando as Ordenações Filipinas a serem aplicadas até o início do século XX.

Assim, o direito português foi simplesmente transladado para o Brasil, sendo aqui aplicado tal qual o era em Portugal e, da mesma forma se deu a regulamentação do notariado brasileiro. Tais ordenações dispunham sobre o modo e a forma que deveriam os tabeliães lavrar as escrituras e testamentos, rezando:

Escreverão em hum livro, que cada hum para isso terá todas as Notas dos contractos que fizerem. E como forem escritas, logo as lêem perante as partes e testemunhas, as quais ao menos serão duas. E tanto que as partes outorgarem, assinarão elas e as testemunhas. E se cada um das partes não

souber assinar, assinará por ela uma pessoa, ou outra testemunha, que seja além das duas, fazendo menção, como assina pela parte, ou partes, porquanto elas não sabem assinar. E se em lendo a dita Nota, for emendada, acrescentada por entrelinhas, minguada ou riscada alguma coisa, o tabelião fará de tudo menção no fim da dita Nota, antes das partes e testemunhas assinarem, de modo que depois não possa sobre isto haver dúvida alguma.

Ao Rei cabia a exclusiva prerrogativa de nomear os tabeliães, consoante esclareciam as ordenações:

Crear de novos Tabelliados a Nós somente pertence, e não outrem; portanto defendemos que pessoa alguma, de qualquer dignidade, estado ou condição que seja não faça de novo Tabelião algum, assi das Notas, como do judicial, na terra, ou terras que Nós tiver.

No Brasil, as Capitanias (Donatárias) tinham a atribuição de nomear tabeliães e escrevães, porém, tendo a Coroa readquirido os direitos concedidos aos donatários, os tabeliães passaram a ser nomeados pelo Poder Real. O provimento dos cargos de Tabelião se dava por meio de doação, sendo o donatário investido de um direito vitalício, ou até por compra e venda sucessão *causa mortis*, o que não era mesmo de se estranhar, haja vista que esta era a forma de provimento de todos os cargos públicos na América Colonial e também na Espanha.

Dessa forma, não havia como exigir-se preparo e aptidão tão necessária para o exercício da função, sendo ela entregue, muitas vezes, a pessoas que não eram merecedoras,

juntando-se ao notariado uma série de cargos públicos de menos expressão, como bem explica Stuart B. Schwartz¹¹:

Abaixo da magistratura situava-se o terceiro nível da burocracia: uma vasta teia de pequenos cargos, de tabeliães e escrivães a fiscais de portos e comissários da marinha. Havia literalmente centenas desses cargos e sua presença na folha de pagamento real indicava sua importância dentre os empregados reais. Alguns desses cargos não requeriam qualquer experiência ou habilidade. Mesmo nos casos em que isso se torna necessário, a habilidade não era levada em consideração no momento em que as indicações eram feitas. Muitos dos cargos da burocracia profissional podiam ser comprados, ou adquiridos como recompensa oferecida pela Coroa. Tais cargos não eram apenas dados diretamente a candidatos em perspectiva, mas eram também oferecidos a viúvas ou órfãos como dote. Obviamente, esses pequenos cargos se constituíam um patrimônio real, um recurso que possibilitava a Coroa assegurar a lealdade e recompensar bons serviços.

Em 11 de outubro de 1827, foi editada em nosso país uma lei regulando o provimento de ofícios da justiça e da Fazenda. Essa lei passou a proibir que tais ofícios fossem transmitidos a título de propriedade, ordenados que fossem conferidos a título de serventia vitalícia a pessoas dotadas de idoneidade para tanto e que servissem pessoalmente aos ofícios. Porém a lei pecou por não exigir formação jurídica dos aspirantes aos ofícios, ou sequer determinado tempo de prática na função, bem como não instituir uma organização profissional cooperativa.

Assim, enquanto na América espanhola a legislação acompanhou suas origens, a legislação brasileira por muito tempo se manteve estática, redigida pelas Ordenações importadas de Portugal, alheia às transformações e avanços mundiais.

¹¹ *Apud* BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

3. INVESTIDURA NA FUNÇÃO NOTARIAL

Como se dá, no Estado brasileiro, a investidura na função notarial? Como se infere na Carta Magna de 1988, os serviços notariais são públicos sendo, contudo, exercidos privativamente por agentes delegados. Ou seja, optou o constituinte por transferir do Poder Público ao indivíduo a atividade que lhe é típica, por intermédio de ato de delegação. Todavia, no que respeita ao seu estatuto pessoal, é digno de nota que o ente privado, embora exercente de atividade pública, e deva prestar contínua contribuição para o seu bom desempenho, é totalmente desvinculado das contingências inerentes ao serviço público. Afinal, quem são os notários ou tabeliães? São eles profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial.

No Brasil, a seleção dos agentes delegatários, conforme disposição constitucional¹² ocorre por intermédio de concurso público de provas e títulos, em que os candidatos à função estão sujeitos a avaliação de mérito, por meio da qual se busca prestigiar a competência técnica dos bacharéis egressos das escolas de Direito.

O ingresso na atividade notarial, portanto, se dá por meio de delegação, cujo exercício depende dos requisitos estabelecidos no Art. 14 da Lei n. 8.935/94³, a saber: habilitação em concurso público de provas e títulos, nacionalidade brasileira, capacidade civil, quitação com

³ CF/88, Art. 236 - “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (...) § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

as obrigações eleitorais e militares, diploma de bacharel em direito, verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.

Logo, ao longo da última década, por força deste novo regime, tem sido evidenciada a larga oferta, em quase todas as unidades da federação brasileira, de vagas para acesso à titularidade dos serviços notariais, A via democrática representada pela regra geral do concurso público como forma de ingresso, tem amealhado milhares de candidatos, progressivamente mais qualificados, para esta novel carreira jurídica.

Seguramente, significativos reflexos da crescente investidura de delegatários qualificados tecnicamente, podem ser aferidos pelo incremento da produção científica especializada no direito notarial, antes muito escassa, pelo crescente número de fóruns de discussão criados pelas entidades ligadas à profissão e principalmente, pelo cada vez mais visível aperfeiçoamento da estrutura física e tecnológica das serventias, proporcionando aos usuários, um atendimento a contento das expectativas diuturnamente mais exigentes.

Porquanto a atividade notarial seja uma ramificação da ciência jurídica, preteritamente, por legado de suas origens portuguesas, a função podia ser exercida por agentes alienígenas às ciências jurídicas. Isto, pois, o prestígio político funcionava como marco aferidor de mérito. A bem da verdade, muitas das imerecidas críticas ainda hoje, constantemente dirigidas à atividade, por segmentos isolados da grande imprensa alimentados por opiniões tendenciosas e sem isenção, egressas de segmentos profissionais que equivocadamente se põe como concorrentes, têm esteio na desinformação, que por seu turno, leva ao preconceito.

Ao revés de demandar a nomeação de agentes adequadamente habilitados, a única certeza era a indicação de indivíduos, majoritariamente egressos das hostes do poder imperial. Afinal, é pertinente relembrar a o poder exclusivo do Rei para a nomeação dos tabeliães era, baseado em suas ordenações¹³, que era então a mais difundida fonte do direito português, também vigentes nos territórios de seu domínio.

Desta feita, a função notarial era provida por intermédio de doação, sendo o beneficiário investido de um direito vitalício, a exemplo da forma de provimento dos cargos públicos largamente constatados nas colônias americanas. Em suma, a investidura tabelioa representava uma recompensa, dádiva, compensação aos gestos de lealdade, subserviência ou mesmo bons serviços prestados à Coroa.

Quanto à aptidão técnica que se inferia da função, a norma pecava ao inexigir formação jurídica dos elegíveis, além de esquivar-se de estabelecer necessária organização corporativa. Tais nuances concorreram sobremodo para a depreciação da atividade tabelioa, o que só veio a evoluir de fato nas décadas finais do século XX.

A forma de investidura prescrita constitucionalmente introduziu definitivamente uma nova e frutífera carreira privativa dos bacharéis em ciências jurídicas. Nesta esteira, o ofício notarial e, sobretudo os usuários deste serviço, têm assistido a uma crescente valorização e

⁴ “Criar de novo Tabelliados a Nós somente pertence, e a não a outrem; por tanto defendemos, que pessoa alguma, de qualquer dignidade, estado e condição que seja, não faça de novo Tabelião algum, assi das Notas, como do Judicial, na terra, ou terras, que de Nós tiver”. BATALHA, Wilson de Souza Campos. Comentários à lei de registros públicos, v. I, p.28.

aperfeiçoamento desta atividade, como reflexo da qualificação e aptidão dos novos agentes delegados, rigorosamente exigidos nos processos de seleção.

4. A POLÍTICA NOTARIAL BRASILEIRA

Para Cláudio Martins¹⁴, o direito notarial tem sua política peculiar, temperada pelos fatores sócio-políticos reinantes no Estado em cujo território se aplica, que imprimem certas nuances a atividade notarial. A preservação da memória nacional e a história de um povo, passam necessariamente por um eficiente sistema notarial e registral que petrifique os atos jurídicos entabulados na sociedade civil. De outra forma, a segurança jurídica, um dos fins ínsitos do Direito, passa necessariamente por um sólido sistema notarial e registral estabelecido. Daí a importância do seu estudo sistemático e metódico, como se propõe este trabalho.

Segundo ele, a ciência pura instrui, e a ciência política prescreve.

Cada ciência social positiva, ciência do ser, que investiga e estuda teoricamente uma uniformidade de fatos e fenômenos (...) possui uma política própria, uma disciplina paralela que se estriba nesses princípios e normas especulativas para ensinar como deve ser ou como fazer.

¹⁴ MARTINS, Cláudio. **Teoria e prática dos atos notariais**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

A forma de tratamento reservada à propriedade privada e a liberdade contratual estão intimamente ligadas à figura do notário. Com efeito, nos Estados onde há sólida legislação quanto à proteção e manutenção da propriedade privada e da liberdade contratual, o notário tende a ser independente, autônomo e desenvolvido; a *contrario sensu*, onde há um tolhimento da propriedade privada e da liberdade contratual, há tendência para um notariado débil, atrofiado, reduzido ao mero burocrata.

Como visto, embora o notariado brasileiro esteja enquadrado, como do tipo latino, a prática atenta para desvirtuá-lo. Conquanto a liberdade e autonomia que sempre lhe foram peculiares, historicamente ele tem sido comumente confundido e, por conseguinte, arrolado, entre os servidores judiciais, além do que não se lhe tem exigido preparação técnico-jurídica adequada, adquirida mediante o bacharelado em ciências jurídicas e sociais.

Acerca disso, Alberto Bittencourt Cotrin Neto¹⁵ assim se manifestou: “Não obstante, qualquer que seja o sistema notarial, sempre é exigido do serventuário, do oficial, do notário, enfim, uma boa preparação técnico-jurídica, o que infelizmente, jamais se cogitou instituir no Brasil”.

E mais adiante, segue:

Num mundo onde as relações comerciais se fazem cada vez mais freqüentes, e onde dezenas de milhões de pessoas viajam de um para outro país anualmente, a passeio ou para transações econômicas, é fácil compreender a significação do notário e como se lhe formulam imposições de conhecimentos, no plano jurídico. E só no Brasil não se medita sobre tais questões.

¹⁵ *Apud* BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

No Brasil, por força da tradição histórica, os notários têm sido confundidos injustificadamente como funcionários da Justiça, sendo em tais quadros incluídos. Nesta mesma linha de confusão, a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de Outubro de 1969, que alterou a Magna Carta de 1967, estabeleceu em seu artigo 144, § 5º, que “cabe ao Tribunal de Justiça dispor, em resolução pela maioria absoluta de seus membros, sobre a divisão e a organização judiciária, cuja alteração somente poderá feita de cinco em cinco anos” e, a lei Complementar n. 5.621, de 4 de Novembro de 1970, ao clarear o conceito de organização judiciária, inclui na competência das resoluções dos Tribunais de Justiça a organização, classificação, disciplina e atribuições dos serviços auxiliares da Justiça, inclusive tabelionatos e ofícios de registros públicos.

Vê-se assim, que, os notários e os registradores faziam parte do quadro de servidores da Justiça, pertencendo ao chamado foro extrajudicial, para distingui-los dos servidores pertencentes ao foro judicial, ou seja, aqueles que participam diretamente do processo judicial. Havia uma profunda discussão acerca de ser o notário um funcionário público ou um agente delegado, sendo a primeira solução a que mais se difundiu, tornando-se esmagadoramente majoritária, ao contrário da segunda, que minguou entre alguns juristas. A esse respeito, dizia Roberto J. Pugliese¹⁶:

Para a grande maioria dos doutrinadores e intérpretes, o notário brasileiro é funcionário público, estendendo-se a classificação a todos seus auxiliares. Para outros, em minoria, esses agentes não se enquadram como tal, sendo apenas particulares que por delegação exercem a função que lhes foi

¹⁶ Apud LARRAUD, Rufino, in Curso de Derecho Notarial. Buenos Aires: Depalma, 1966.

cometida. A jurisprudência nos vários tribunais, de longa data reconhece a qualidade funcional dos notários e seus auxiliares. Enfim, o entendimento dos intérpretes é no sentido de considerar os notários, tabeliães, escrivães de notas, bem como os demais serventuários, oficiais de registros públicos e auxiliares da espécie, integrantes ou não do foro judicial, como funcionários públicos, com o embargo veemente da pequena parcela que, interpreta diferentemente.

A legislação, fonte formal primeira no ordenamento jurídico brasileiro, comumente incluía o notário na categoria dos serventuários da Justiça, considerando-o como funcionário público, o que de forma inquestionável foi fator preponderante a afirmar a jurisprudência dominante, que seguia os preceitos legais. Os notários estavam colocados na órbita do Poder Judiciário, e não na do Poder Executivo, como seria o correto na opinião de A. B. Cotrin Neto¹⁷.

O provimento dos cargos de Notário – há muito havia sido abandonado o caráter venal de tais cargos – ocorria por meio de concurso público, embora, de regra não fosse exigido o título de Bacharel em Direito, consoante decorre da análise da legislação judiciária dos Estados da Federação. Esta regra de provimento dos cargos de Notário mediante concurso público sofreu uma exceção, por força de dispositivo constitucional, consistente em um privilégio àqueles que se enquadrassem na situação prevista em tal dispositivo. A Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 22/82, passou a ter em seu artigo 208 a seguinte redação, que amparava tal privilégio aos que nele se enquadrassem e que constituía uma exceção ao concurso público: “Fica assegurado aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que,

¹⁷ *Apud* BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 57.

investidos na forma da Lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de Dezembro de 1983”.

Para substituição das serventias da justiça, segundo o artigo 208, com redação que a Emenda Constitucional n. 22 lhe emprestou impôs-se o preenchimento das condições da hipótese normativa e consistente em investidura legal do substituto, vacância do cargo de titular, e exercício como titular na mesma serventia e pelo prazo de cinco anos. Esse preceito passou a constituir tratamento de regra excepcional, sendo norma privilegiada de efetivação uma regra excepcional a forma de ingresso na função por concurso público, não pode ser aplicada além de seus termos de abrangência, impondo-se mantida a sua significação própria. Pra a efetivação do substituto das serventias da Justiça, segundo o artigo 208 de redação da Emenda Constitucional n. 22, haveria o preenchimento das condições da hipótese normativa e consistente em investidura legal do substituto, vacância do cargo de titular, exercício como titular na mesma serventia e pelo prazo de cinco anos.

A situação estática instaurada, em relação aos notariados evoluídos de outros países, fez sentir dos mais renomados juristas, inclusive pertencentes à classe notarial, o clamor por uma legislação orgânica que elevasse o notariado brasileiro ao seu papel de relevo na sociedade, desvinculando-o do quadro de servidores da Justiça e exigindo a preparação jurídica adequada ao exercício da função notarial. A esse respeito, manifesta-se A. B. Cotrin Neto¹⁸:

¹⁸ *Apud* BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 60.

Na realidade, de que urgentemente carecemos é de uma legislação que na exigência de formação profissional adequada, em relação a todos quantos aspiram a um cargo notarial. Assim, o Notariado, como órgão jurídico do Estado, ao lado da Judicatura e do Ministério Público, poderá eficientemente cumprir sua finalidade social e, ainda, contribuir para aliviar os encargos da Justiça, através de melhor formulação de suas atribuições e de boa utilização dos poderes de jurisdição voluntária.

E continua seu reclame:

É realmente lastimável que o Brasil seja, em verdade, o único país do mundo que tenha descurado de exigir formação especializada dos candidatos a Notário. Como nós dissemos [...], nesta matéria nós viemos com o regime de D. Denis (século XIV); das ordenações de monarcas absolutos dos séculos XVI e XVII: estamos como sistema de uma época em que o analfabetismo era o status cultural mais generalizado, e que para ser escriba ao contrário do que se cuidava no velho Egito – bastava ser amigo do Rei.

5. A LEI N. 8.935/94 E O NOTARIADO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 trouxe profundas e essenciais mudanças para o sistema notarial brasileiro. Fixou as diretrizes básicas para o notariado, bem como os princípios fundamentais há muito reclamados, abrindo a real possibilidade de que brotasse finalmente a tão almejada Lei Orgânica do Notariado.

Nesse novo contexto, em 18 de Novembro de 1994, erigiu do Poder Legislativo Federal a Lei n. 8.935, a Lei Orgânica dos Notários e registradores que, com os defeitos que possa ter, com a amplitude que talvez lhe tenha faltado, inaugura, sem dúvida, uma nova fase

para o notariado brasileiro, que paulatinamente toma o lugar de relevo que lhe era devido no meio jurídico.

O fato de ter havido o artigo 236 da Constituição Federal e a Lei n. 8935/84, já tem o efeito arrebatador de principiar por tirar a instituição notarial do obscurantismo que a envolvia, tornando-a mais conhecida, inclusive pelos juristas, e dando notícias de sua importância social e jurídica. A referida Lei Orgânica trouxe profundas e importantes inovações principiando a extinguir a discussão até então existente acerca de ser o notário ou não funcionário público. Em seu artigo 3º, asseverou serem o Notário e o Registrador agentes delegados do Poder Público, assertiva que vinha prevista no *caput* artigo 236 da Magna Carta.

Notários e registradores não pertencem, portanto, ao quadro dos servidores públicos; não são funcionários públicos¹⁹. São agentes públicos, porquanto encarregados de exercerem uma função pública, a função notarial e registral, porém, embora pertencentes ao gênero agentes públicos, não pertencem ao gênero agentes administrativos, que são aqueles que se vinculam ao Estado ou às entidades autárquicas e funcionais por relações profissionais estando sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da entidade estatal a que servem. Portanto, servidores públicos sim, mas, pertencendo à espécie de agentes delegados, na condição de particulares que executam serviços públicos em nome próprio, por sua conta e risco.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2602 MC/MG-MINAS GERAIS. Recorrente: Associação dos Notários e Registradores o Brasil. Recorrido: Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 22 de Novembro de 1994.

Pode-se dizer assim que são notários, serventuários; todavia não se confundem com servidores. Serventuário é agente público titular de cargo auxiliar do foro judicial ou em serventia notarial ou de registro, remunerado diretamente pelas partes através de custas ou emolumentos, portanto, agente delegado, ao passo que, o servidor é funcionário público, agente administrativo, com todas as suas implicações, inclusive com vencimentos pagos diretamente pelo Estado.

Outro ponto importante atacado pela Lei n. 8.935/94, e que consistia em uma antiga reivindicação, foi a questão da capacitação jurídica adequada para exercer a função de notário, passando a exigir o Bacharelado em Direito, além do que, a aprovação em concurso público, já previsto no artigo constitucional 236, § 3º. Uma vez tendo a Constituição Federal de 1988 determinado a obrigatoriedade de concurso público para o ingresso na atividade notarial e de registro, as serventias que vagassem a partir da Carta Magna não mais incidiriam no privilégio previsto no artigo 208 da Constituição de 1969, eis que instituída uma nova ordem.

Neste sentido, a citada Lei assim dispõe em seu artigo 14: “A delegação para o exercício da atividade notarial e registral depende dos seguintes requisitos: I) habilitação em concurso público de provas de títulos; V) diploma de Bacharel em Direito”, além do que, no artigo 3º, rezou serem notários e registradores, profissionais do Direito.

Segundo Antônio Albergaria Pereira²⁰, pecou, todavia, ao prever uma exceção à exigência do diploma de Bacharel em Direito, no § 2º do artigo 15, qual seja, ter o candidato

²⁰ *Apud* BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 63.

até a data da publicação do edital do concurso, dez anos de serventia em atividade notarial ou de registro. Vemos com certas reservas este dispositivo porquanto se tratam os notários e registradores de profissionais do Direito, que devem, em nosso entender, ter formação acadêmica. Para Brandelli²¹, no entanto, discordando dos mestres, esta compreensão é uma questão de justiça.

Pelo artigo 236, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e pela Lei n. 8.935/94, como já visto, os notários e registradores são agentes delegados do Poder Público. O Poder Público pelos três poderes do Estado: O Executivo, O Legislativo e o Judiciário. Todavia é ao Poder Executivo que cabe a incumbência de delegar os serviços notariais e registrais. Segundo Antônio Albergaria Pereira²²:

Atribuir a delegação dos serviços notariais e registrais ao Poder Judiciário seria diminuir a ação do Poder Executivo, a quem compete organizar a administração pública nomeando ou delegando atribuições e serviços de interesse público. O Poder Constituinte só atribuiu ao poder judiciário o direito de fiscalizar os atos praticados pelos notários e registradores e não delegar esses serviços

Muitos outros momentos da Lei, de suma importância, poderiam ser analisados, porém em função da necessidade de delimitação do trabalho, não cabe aqui fazê-lo. Deve-se apenas reiterar a sua importância de modo que se constitui em um verdadeiro marco na história do notariado brasileiro e, se por si só não servir para acabar com os problemas que permeiam a instituição notarial, como de fato não servirá, será o instrumento que, aliado aos próprios

²¹ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. cit. p. 63.

²² *Apud* BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. cit. p. 65.

notários, levará o notariado brasileiro, tão enfraquecido pelos erros até então cometidos, ao seu lugar de reconhecimento social e jurídico.

5. COMPETÊNCIA DO NOTÁRIO

Constata-se a necessidade de sustentar e justificar a idéia de que o tabelião desenvolve suas funções com autonomia e independência. Não obstante, há que se reconhecer a complexidade e controvérsia desse assunto.

Dentre as espécies abarcadas no espectro do Direito Administrativo para os serviços públicos é inegável que a função notarial é absolutamente peculiar e *sui generis*, sendo sobretudo inócua a tentativa de caracterizá-la no âmbito das concessões, permissões ou autorizações. Logo, a solução, então, é buscar nas disposições do texto constitucional e na legislação infraconstitucional a resposta para caracterizar a função notarial no ordenamento jurídico. Neste sentido, examinando a doutrina especializada e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível concluir, em meio a muita discussão que, não obstante se tratar de uma função delegada do Estado – conforme dispõe a Constituição -, o notário não pode ser considerado um servidor público²³.

²³ ADIN N. 2.602. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Provimento n. 055/2001 do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. - Pela redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98 ao artigo 40 e seu parágrafo 1º e inciso II, da Carta Magna, a aposentadoria compulsória aos setenta anos só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, tendo, sem dúvida, relevância jurídica a arguição de inconstitucionalidade do ato normativo em causa que é posterior a essa Emenda Constitucional sob o fundamento de que os notários e registradores, ainda que considerados servidores públicos em sentido amplo, não são, por exercerem suas atividades em caráter privado por delegação do Poder Público, titulares dos cargos efetivos acima referidos. - Ocorrência quer do “periculum in mora”, quer da conveniência da Administração Pública, para a concessão da liminar requerida. Liminar deferida para suspender, *ex nunc*, a eficácia do Provimento n. 055/2001 da

Desta conclusão decorrem outras, como por exemplo, a de que não sendo servidor público, o notário não se submete ao regime e aos princípios que os regulam. Embora esta assertiva não represente ponto pacífico nem na doutrina ou tampouco na jurisprudência, é revestida de sólidos argumentos.

De igual modo e não menos controvertida é outra questão envolvendo o notário no que tange ao desempenho de suas atividades. Nesta seara subsiste a convicção de que este, no exercício de suas atribuições, realiza atividade criadora de direito.

Aludida produção pode ocorrer em duas hipóteses distintas. Primeiramente, quando da interpretação dos textos legais e da vontade das partes. Acerca da interpretação, é irretorquível que o notário necessariamente desempenha esta atividade quando atua conciliando as disposições de lei e a vontade das partes.

A interpretação, por consequência, pode ser considerada uma atividade inerente à performance notarial. Uma segunda possibilidade surge na medida em que o ordenamento

Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais até a decisão final desta ação direta. - Mérito AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios --- incluídas as autarquias e fundações. 2. Os serviços de registros públicos, cartórios e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público --- serviço público não-privativo. 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 --- aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

jurídico reconhece os costumes como sendo uma fonte de direito. Assim, vale ressaltar que instrumentos como a ata notarial, foram introduzidos no ordenamento após ter seu uso reiterado, consolidado pelos notários como prática costumeira.

A Lei n. 8.935/94 dispõe sobre a natureza e os fins dos serviços notariais e de registro, dos titulares dos serviços e de seus prepostos (escreventes e auxiliares), das atribuições, do ingresso na atividade, da responsabilidade civil e criminal, das incompatibilidades e impedimentos, dos direitos e deveres, das infrações disciplinares e das penalidades, da fiscalização pelo Poder Judiciário, da extinção da delegação e da seguridade social.

Introduziu, pois, o rol de atribuições dos tabeliães. Reconhece expressamente, pela leitura dos artigos 6º e 7º - seção que trata da competência -, a possibilidade de confecção de escrituras e procurações sob forma pública, descrever fatos por intermédio das atas notariais, reconhecerem firmas, autenticar cópias, confeccionar testamentos públicos, etc.

Vejamos os artigos:

Art. 6º Aos notários compete:

I – formalizar juridicamente a vontade das partes;

II – intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III – autenticar fatos.

Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

I – lavrar escrituras e procurações públicas;

II – lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;

III – lavrar atas notariais;

IV – reconhecer firmas;

V – autenticar cópias.

1.4. REMUNERAÇÃO E ESTRUTURA DA ATIVIDADE

O exame da natureza jurídica do emolumento notarial tem contornos multifacetados, em virtude dos diversos prismas pelos quais ele pode ser analisado, considerando a interligação permitida pelo ordenamento jurídico. Os serviços notariais apresentam como objeto os atos praticados pelos tabeliães, remunerados pelos emolumentos. Por seu turno, o emolumento, apesar das complexas variáveis com que se tende a estudá-lo, nada mais é do que a contrapartida paga por um serviço público exercido por particulares.

É, em verdade, a pedra angular da instituição notarial enquanto exercida em caráter privado. É importante salientar, tenha havido acentuadas distorções até um passado bem recente, dada a questionável qualificação, redundando noutra fonte de visão preconceituosa, desta vez justificável. Aliás, sem embargo ao enfoque que se objetiva dar à figura do emolumento, conforme prescreve a Lei dos Notários e Registradores²⁴, impende ao delegado a melhoria da qualidade na prestação de serviços, o que só pode ser perseguido com a adequada percepção da aludida contrapartida financeira. Tal obrigação é, portanto, dever jurídico e também ético do notário.

O foco das referidas críticas, as quais julgamos justas, reside nos montantes invariavelmente percebidos nas serventias de maior relevo econômico, as quais, em inúmeros

²⁴ Lei n. 8.935/94, Art. 21. O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação de serviços.

casos não correspondiam à qualidade dos serviços a que a legislação dispunha, gerando danos à imagem da atividade como um todo.

Por consequência, graças à ausência de fluxo de demanda a grande maioria das serventias, totalizando mais de 21.000²⁵ em todo Brasil, padecem de condições condignas de trabalho. Estas sim, poderiam justificar estrutura deficiente. Ao contrário, há que se exigir qualidade exemplar de serventias rentáveis.

Retomando o cerne deste tópico, a verba emolumental serve primeiramente para suportar o custeio da serventia, e no segundo plano, para remunerar o agente delegado. A redação do § 2º do Art. 236, da Constituição Federal, evidencia má técnica ao programar o regime dos emolumentos quando define que “Lei Federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro”. Isto, pois estes não praticam atos. É imprescindível asseverar, impender ao notário ou seus prepostos, contratados em regime celetista²⁶, a prática de atos notariais, cabendo-lhes, por conseguinte, o direito de auferir as receitas advindas da sua delegação.

Na outra mão, a Lei 10.169, de 2000, conhecida como Lei de Emolumentos, ao regulamentar o § 2º do art. 236, estabelece normas gerais para a fixação de emolumentos. Considerando a estrutura federativa adotada no País e as peculiaridades locais (a diversidade de características é marcante dada a grande extensão territorial brasileira), cada unidade da

²⁵ Cadastro Nacional de Cartórios – ANOREG-BR (<http://www.anoreg-br.org.br>).

²⁶ Lei n. 8.935/94 Arts. 20-21.

Federação define por lei estadual os emolumentos a serem ali praticados,²⁷ observada a disposição federal quanto às normas gerais face ao princípio da hierarquia das leis

Sob as lentes do direito administrativo, na lição de Meireles²⁸, classificam-se os serviços notariais e de registro, de acordo com quatro critérios. No que respeita à essencialidade, são serviços de utilidade pública, sendo facultativos, não essenciais, não obrigatórios, prestados particulares a delegados.

Quanto à adequação, são serviços impróprios de Estado, a saber, aqueles que realizam os interesses da sociedade, não dizendo respeito às suas necessidades. Vale dizer, estes serviços estão sempre sujeitos à regulamentação e controle do Poder Público competente.

No que tange à finalidade, são serviços industriais, isto é, aqueles que se identificam com uma atividade econômica exercida pelo Estado, nos termos do art. 173 da Constituição Federal. Auferem receita para quem os exerce mediante a remuneração que tecnicamente se denomina tarifa ou preço público, por ser sempre fixada pelo Poder Público.

No caso específico dos serviços notariais, o serviço industrial é exercido em caráter privado, pelo respectivo profissional do Direito, na forma do Art. 236 da Constituição Federal e da Lei n. 8.935/94²⁹. Por fim, a quem se destinam os serviços em comento ? São serviços

²⁷ Lei n. 10.169/2000: “Art. 1º. Os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta Lei. Parágrafo único. O valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados”.

²⁸ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., pp. 295 ss.

²⁹ Lei dos Notários e Registradores.

individuais, porquanto prestados em favor de usuários determinados, que os procuram buscando “garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

Uma vez delimitadamente descritos os serviços notariais, na ótica administrativista, resta objetiva a conclusão de que a natureza jurídica remuneratória da verba emolumental é de preço público. Em suma, a finalidade do emolumento notarial é eminentemente econômica, sem o qual os serviços notariais não subsistem. Sob o prisma econômico objetiva suportar o custeio do serviço, que deve pautar-se pela eficiência e adequação, e; remunerar o trabalho dos agentes delegatários e de seus prepostos.

1.5. O CONTROLE DA ATIVIDADE NOTARIAL PELO PODER PÚBLICO

Nos últimos anos tem-se assistido a uma série de reformas na organização do setor público brasileiro com grande impacto sobre nossa sociedade, Essas mudanças estão associadas, em geral, a proposta de redução da máquina administrativa, dos tributos, dos controles burocráticos sobre o setor empresarial, de políticas públicas na área social e de privatização de empresas e de serviços públicos.

Este tópico tem por finalidade analisar, portanto, a influência da atual forma de intervenção do Estado Brasileiro na prestação dos serviços notariais. Para isso, analisar-se-á a questão tanto sobre o prisma sincrônico quanto diacrônico. Sincronicamente, descreve-se os conceitos de acordo com o uso que se faz dele. Diacronicamente estuda-se a dimensão histórica buscando-se a evolução dos conceitos. Essas duas abordagens são complementares e

revelam a natureza jurídica de cada momento histórico. Essa razão expressa um referencial, uma tomada de posição filosófica, uma decisão por uma determinada linha política. Ao utilizar essa abordagem, procura-se esclarecer o referencial histórico, econômico e jurídico que levou o Estado Brasileiro a privatizar as serventias notariais e registrais e delegar sua administração a particulares.

1.5.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969 E OS SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS

No início dos anos 60, vários conflitos sociais se acirraram. Além da crise econômica, os governos populistas não conseguiam mais sufocar as manifestações e demandas sociais que eles próprios permitiram emergir. De um lado, as reivindicações pró-reformas de base cresceram, buscando essencialmente medidas que alterassem o quadro da distribuição de renda e da propriedade no país e ampliassem os direitos de cidadania (greve dos 700 mil em São Paulo e movimentação das ligas camponesas). De outro lado, os setores conservadores da sociedade, insatisfeitos com o descontrole social, também se mobilizaram (a Marcha da Família por Deus e pela Liberdade) e passaram a se articular com a cúpula militar, que sofria a influência da doutrina da segurança nacional e da oposição ao comunismo.

Do ponto de vista econômico, o período que se iniciou em 31.03.1964 e se estendeu até 1984 pode ser dividido, de acordo com Gremaud³⁰, em quatro fases:

- 1964/67: predomina a estagnação econômica decorrente da política de estabilização;

³⁰ GREMAUD, Amaury Patrick *et alli*. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 167-168.

- 1968/73: fase do “milagre econômico” no qual o país apresentou elevadas taxas de crescimento com relativo controle inflacionário;

- 1974/79: neste período, os condicionantes internos (desequilíbrios inter-setoriais) e os choques externos (primeiro choque do petróleo), fizeram com que a economia apresentasse uma tendência à retração do crescimento. Agindo contra essa tendência, o Estado Brasileiro implantou um ambicioso programa de investimentos (II PND – Plano Nacional de Desenvolvimento) visando sustentar as taxas de crescimento, o que se fez acompanhado de elevação na inflação e aprofundamento do endividamento externo;

- 1980/84: estes anos foram marcados pelos impactos do segundo choque do petróleo e pelo choque de juros internacionais, que mostraram a vulnerabilidade da economia brasileira a uma crise cambial. Buscou-se um ajustamento externo para fazer frente ao pagamento de juros da dívida internacional trazendo como consequência, profunda recessão interna, grande elevação das taxas inflacionárias e, principalmente, a falência do Estado.

Do ponto de vista do Direito Econômico, a Constituição de 1967-1969 normatizou a intervenção do Estado na Economia, utilizando um novo princípio ideológico: o desenvolvimento econômico. Conforme ensina Fonseca³¹:

³¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 228-229.

A Constituição de 1967 colocou a intervenção do Estado no domínio econômico sob a inspiração de um tema propulsor novo: o desenvolvimento econômico. De fato, o art. 157 daquela Constituição colocou como um dos princípios ideológicos da ordem econômica, ao lado dos da liberdade de iniciativa e de valorização do trabalho, o do desenvolvimento econômico (...). De fato, a partir do contexto revolucionário de 1964, adotou-se uma forma de fazer com que o Estado tomasse ao seu cargo o desenvolvimento econômico. Assim, o Estado passa a figurar, não mais como regulador da atividade econômica a ser desenvolvida pelos particulares, mas como um ator, como empresa a competir com a iniciativa privada. A Emenda 1, de 17.10.1969, que deu praticamente nova redação ao texto constitucional de 1967, no título relativo à Ordem Econômica e Social transformou o desenvolvimento econômico em desenvolvimento nacional (...). O Estado passava a atuar cada vez mais no domínio econômico.

Foi nessa época de “milagre econômico”, do projeto de “Brasil Potência”, do apogeu do Estado autoritário, cuja ideologia empolgava grande parte da sociedade brasileira, que ocorreram mudanças significativas com relação às atividades notariais e registrais. Ressaltando-se, em primeiro lugar, a decisão do Supremo Tribunal Federal³² que conformou a natureza jurídica dos emolumentos extrajudiciais como receitas públicas. Segundo essa decisão, os titulares de serventias notariais e registrais seriam servidores públicos, ocupantes de cargos criados por Lei, com denominação própria e em número certo. Os mencionados serventuários estariam subordinados ao estatuto dos funcionários civis do Poder Executivo, contribuiriam para o Instituto de Previdência do Estado, fazendo jus a aposentadoria nos termos do referido estatuto e seriam remunerados por receitas (emolumentos) pertencentes ao Estado.

³² Rp. 891/GB, RTJ 68/283, julgado em 13 de junho de 1973.

Um outro fato marcante nesse período foi a estatização das serventias notariais e registrais. Sob a égide da Constituição de 1967, a EC7, de 13.04.1977 oficializou as serventias extrajudiciais no Brasil. A referida Emenda acrescentou a Constituição Federal de 67/69 o art. 206 e respectivos parágrafos:

Art. 206 ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios e nomeados em caráter efetivo.

§ 1º. Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal na oficialização dessas serventias.

§ 2º. Fica vedada, até a entrada em vigor da Lei Complementar a que alude o parágrafo anterior, qualquer nomeação em caráter efetivo para as serventias não remuneradas pelos cofres públicos.

§ 3º Enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão eles a receber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos.

A seguir, a EC 22/82, de 29.06.1982, passou a assim dispor em seus arts. 206 e 207:

Art. 206. Ficam oficializadas as serventias do foro judicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham sido revertidos a titulares.

Art. 207. As serventias extrajudiciais, respeitadas a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma de legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos territórios, observados os critérios de nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos.

Com a oficialização, as serventias notariais e registrais seriam ocupadas por servidores públicos remunerados pelo Estado, sendo recolhida ao Erário a receita obtida com os serviços correspondentes. Frise-se que então os titulares, mesmo após a oficialização, não foram

considerados servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, sendo a eles garantido o direito à percepção integral dos emolumentos pelos atos praticados em sua serventia.

1.5.2. A DECADÊNCIA DO ESTADO INTERVENCIONISTA

Após a Segunda Guerra Mundial, o economista britânico John Maynard Keynes, em oposição ao liberalismo clássico, propôs o retorno da intervenção do Estado na economia para promover o desenvolvimento e melhor distribuição do seu resultado pela sociedade. Essa distribuição de renda mais eqüitativa significava o fortalecimento do mercado, o aumento do número de consumidores, e melhores oportunidades para os negócios. Além do Keynesianismo – doutrina política e econômica formulada por Keynes -, as idéias sociais democráticas na Europa e o Fordismo nos EUA propunham soluções semelhantes desde o início do século XX.

Tais idéias fortaleceram a perspectiva de um pacto entre capital e trabalho, criando um ambiente extremamente favorável ao desenvolvimento econômico. De fato, esse período constitui o que se conhece hoje (como menciona o historiador inglês Eric Hobsbawm, em seu livro *A Era dos Extremos – O Breve Século XX: 1914-1991*) como a era de ouro do capitalismo. Do ponto de vista social, este período correspondeu ao desenvolvimento e consolidação do chamado Estado de Bem-Estar Social - *Welfare State*. Esse tipo de Estado significa essencialmente um conjunto de direitos sociais, de caráter coletivo, baseado no reconhecimento das necessidades econômicas das pessoas e no princípio da igualdade. Os direitos sociais constituem o conteúdo do chamado Estado de Bem-Estar Social. Estes direitos

têm características muito distintas dos demais direitos de cidadania, os direitos civis e políticos que asseguram as liberdades individuais. Os direitos sociais, por seu caráter coletivo, exigem a organização de ações positivas do Estado a serem efetivados. Tais ações são as políticas e sociais que demandam infra-estrutura própria, geralmente extensa e complexa, como é o caso da saúde, por exemplo.

Os direitos políticos e sociais, ao mesmo tempo em que viabilizaram o pacto capital-trabalho, representaram pela primeira vez o estabelecimento de uma série de limites e regras para o capital, além de determinar o aumento de seus custos. O aumento dos custos sociais do Estado, aliado a outros fatores, conformou o contexto em que se deram as discussões e tentativas para reformar o Estado intervencionista. Em resumo, os principais aspectos que afetaram o funcionamento do Estado e levaram à definição de um novo padrão intervencionista foram: a crise fiscal, que na maior parte dos países em desenvolvimento, foi provocada pelo aumento dos juros sobre o endividamento, promovida pelo Banco Central Americano – o Federal Reserve; a perda do poder dos Estados Nacionais em função do aumento das grandes corporações empresariais multinacionais e da inédita elevação do volume do capital financeiro especulativo em nível mundial; o aumento do poder da sociedade civil via ampliação dos direitos sociais determinando a existência de novas políticas sociais que incorporassem o conceito de democracia social e o aumento dos custos sociais do Estado, em função da mudança no perfil etário da população, do aumento do desemprego em função da Revolução Tecnológica e da ampliação das medidas de bem-estar social.

O ressurgimento das idéias liberais representa uma tentativa de reversão desse quadro de falência do Estado interventor, visando reduzir custos e, em consequência, criar condições mais favoráveis ao desenvolvimento sócio-econômico. Foram esses mesmo fatores que determinaram as mudanças no Estado Brasileiro, conforme consta no Plano Diretor da Reforma do Estado.

1.5.3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ATUAL PARADIGMA DO ESTADO BRASILEIRO

Dentro dessa conjuntura, surge a Constituição Federal de 1988 dando ênfase aos direitos sociais e rompendo a tendência intervencionista da Constituição de 1967/1969. Para a exata percepção da mudança de direcionamento, basta cotejar os textos do art. 163 da Constituição de 1967/1969 e o art. 173 da Constituição de 1988:

Art. 163 São facultados a intervenção no domínio econômico e no monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Enquanto no texto de 1967/1969 se diz que “são facultados” a intervenção e o monopólio, o de 1988 determina que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado “só será permitida”. Enquanto no primeiro caso há uma faculdade aberta ao Estado, no

segundo existe uma proibição que permite exceções. Além disso, o art. 174 da atual Magna Carta revela que o papel principal do Estado será o de “agente normativo e regulador da atividade econômica” esclarecendo que estas funções se corporificam na fiscalização, no incentivo e no planejamento.

A Carta de 1988 estabeleceu os seguintes princípios de intervenção na economia brasileira: a intervenção direta da atividade econômica (art. 173); repressão ao abuso de poder econômico (art. 173, § 4º); incentivo ou fomento público (art. 174); e, planejamento econômico (art. 174, § 1º).

Ademais, considerou como atividades essenciais do Estado aquelas discriminadas no Título VIII (seguridade social, assistência social, etc.). As demais atividades podem ser transferidas para a iniciativa privada, ficando a atuação estatal limitada à esfera normativa reguladora da atividade econômica. Souto³³ manifesta-se sobre a transferência de atividades do Estado para a iniciativa privada da seguinte maneira:

Daí a importância da privatização – que mundialmente está sendo implementada – como uma das ferramentas para o desenvolvimento do Estado, ao lado do estímulo à competição, que fará elevar a qualidade de bens e serviços a um menor custo. Para tanto, o Estado deve ocupar-se da tarefa de estimulador (função de fomento) da iniciativa privada, que busca na eficiência de atingir o lucro, deixando para a sociedade aquilo que ela pode fazer (princípio da subsidiariedade), rompendo as barreiras às suas atividades (desregulamentação).

³³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos jurídicos do planejamento econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 155.

A ordem econômica estabelecida pela nossa Carta Magna, como observou Souto, está inserida dentro de um paradigma mundial que teve início no final dos anos 70 do século passado. Uma das principais propostas para a Reforma do Estado a nível mundial foi a introdução da racionalidade gerencial do setor privado. Tal racionalidade é resumida por Osborne e Gaebler³⁴, nos seguintes itens:

- estabelecimento de competição entre os que prestam serviços ao público.
- transferência de poder aos cidadãos.
- orientação por objetivos – missão.
- redefinição dos usuários como clientes.
- prevenção de problemas.
- investimento na produção de recursos.
- descentralização da autoridade.
- estabelecimento de mecanismos de mercado.
- formação de parcerias com o setor privado e organizações voluntárias.

Pode-se, assim, afirmar que o Estado brasileiro sofreu profundas transformações visando solucionar alguns fatores que afetaram o seu funcionamento. Buscando definir um novo patamar de intervenção, procurou implementar um modelo de administração gerencial orientado pelos valores da subsidiariedade, da eficiência e da qualidade na prestação dos serviços públicos.

³⁴ OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo:** como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Brasília: NH Comunicações, 1995.

1.5.4. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL NO BRASIL

A Administração Pública Brasileira, segundo o Plano Diretor da Reforma do Estado³⁵ evoluiu através de três modelos básicos:

- A Administração Pública Patrimonialista, segundo a qual o aparelho estatal funcionava como uma extensão do poder soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuíam *status* de nobreza real. Os cargos eram considerados prebendas. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornaram dominantes, o mercado e a sociedade civil passaram a se distinguir do Estado. Nesse novo momento histórico, a administração patrimonialista tornou-se uma excrescência aceitável.

- A Administração Pública Burocrática – Surgiu na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Constituía princípios orientadores do seu desenvolvimento e profissionalização, a idéia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade. A qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos; seu defeito, a ineficiência, a auto-referência, a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes.

- A Administração Pública Gerencial – Emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, a expansão das funções econômicas e sociais do Estado, e, de

³⁵ Plano Diretor. Idem.

outro, do desenvolvimento tecnológico e a globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior.

A eficiência da administração pública – a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

1.5.5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E OS SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS

Com relação aos serviços notariais e registrais - estes últimos excluídos do interesse desta pesquisa – o atual padrão de intervenção do Estado brasileiro, trouxe profundas e essenciais mudanças no regime jurídico desses serviços. Em primeiro lugar é preciso ressaltar a diferença entre serviços judiciais em face dos serviços notariais e registrais. Com efeito, compete privativamente aos Tribunais elaborar seus regimentos internos, “dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais administrativos”; “organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados”; bem como propor ao Poder Legislativo respectivo a criação de novas varas judiciárias e dos “tribunais inferiores e sua extinção”; bem como a “criação e extinção de cargos e a

remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhe forem vinculados”; além de alteração da “organização e da divisão judiciária” (CF/88, art. 96, I, *a, b, e d*; II, *b, c e d*).

O texto constitucional vigente extrema a diferença entre: a) os órgãos administrativos; as secretarias burocráticas; os serviços auxiliares da Justiça, os serviços forenses; e, b) os serviços notariais e de registro. Vejam-se os seguintes artigos:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º. A Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seu preposto, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º. Lei Federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Art. 31 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) – Serão estatizadas as serventias do foro judicial, assim definidos em Lei, respeitados os atuais direitos dos atuais titulares.

Art. 32 do ADCT – O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelos Poder Público, respeitando-se o direito de seus servidores.

Enquanto o ADCT dispõe sobre serventias do foro judicial para estatizá-las (art. 31) e a serviços notariais e de registro já oficializados (art. 32) para mantê-los nessa condição, o art. 236 e seus parágrafos estabelecem o regime jurídico permanente desses serviços, colocando a administração dos mesmos em caráter privado por delegação do Poder Público.

As serventias do foro judicial prestam os serviços forenses que são remunerados por custas conforme o art. 24, IV da CF/88. Os emolumentos notarias e registrais são remunerados por outra categoria (emolumentos) conforme explicitam o § 2º do art. 236 da Carta Magna Nacional e a Lei 10.169/2000. Sendo assim, a distinção entre os dois conjuntos de serviços passa pela própria competência para legislar sobre as respectivas contrapartidas pecuniárias: a competência em sede de serviços forenses é a competência concorrente, ordinária, do art. 24, IV da CF/88; enquanto que a referente a emolumentos notarias e registrais é privativa da União em termos de normas gerais (Lei 10.169/2000), consoante o disposto do art. 236, § 2º da Constituição. É pertinente grifar ainda que, no caso do regime jurídico das contraprestações notariais e registrais não se aplica o disposto no art. 24, § 3.º da CF/88, pois não se trata de competência legislativa concorrente; situação idêntica, portanto às do art. 22 XXI e XXVII. Em todas essas hipóteses a competência é duplamente privativa:

- Privativa da União na edição das normas gerais, sendo o mesmo que diretrizes e bases (denominação usada nos números IX e XXIV do mesmo art. 22);
- Privativa local (estadual, distrital), quanto à legislação complementar.

Vê-se, portanto, que, com o corrente regime jurídico a função dos notários atende às demandas essenciais da comunidade, garantindo publicidade, autenticidade, segurança e eficácia às relações jurídicas. Por isso mesmo a Constituição atribuiu sua titularidade ao poder público, transferido sua execução ao ente privado, mediante delegação. Por se revestir de serviço de interesse social, os serviços notariais devem ter assegurada a sua disponibilização de forma permanente, submetendo-se a um regime jurídico especial em que se destacam:

- a seleção através de concurso público que confere ao aprovado a habilitação para exercer a profissão de notário e/ou registrador;
- a investidura dos habilitados mediante ato de delegação governamental;
- o instituto da serventia que circunscreve a competência inerente à atividade notarial e registral, seja pelo objeto das atribuições, seja pela limitação dessas em determinado espaço geográfico.
- a atuação do Poder Público em relação ao serviço (sua normatização legal, a delegação do serviço, a fiscalização dos atos, o poder punitivo e a fixação da remuneração).

Com relação à prevenção de litígios, Formicola³⁶ atesta que o atual regime jurídico pode verificar que as funções dos notários e registradores correspondem às conveniências básicas da sociedade (de prevenção de litígios), garantindo publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos e negócios jurídicos.

A Lei 8.935/94, com alteração da Lei 10.506/2002, regulamentou o § 1º do art. 236 da Constituição Federal. Coerente com os postulados constitucionais, a referida lei desvinculou o notário/registrador do quadro de auxiliares da justiça, submeteu-os ao regime da previdência geral, além de prescrever a responsabilização civil direta e objetiva dos titulares das serventias notariais e registrais pelos danos causados por si e por seus prepostos. Com relação ao ingresso na atividade notarial e registral, a referida lei exigiu o bacharelado em direito e instituiu o concurso público garantindo o princípio da ampla acessibilidade. No que se refere a fiscalização dos atos notariais e registrais feita pelo Poder Judiciário, a lei estabeleceu que este agente regulador deve zelar pela rapidez, qualidade satisfatória e eficiência da prestação do serviço. Pode sugerir a elaboração de planos para a sua melhoria, observando os critérios populacionais e sócio-econômicos, publicados pelo IBGE. O agente regulador poderá, ainda,

³⁶ Com relação à diminuição da ocorrência de litígios, o Notário Túlio Formicola no artigo O Notariado no Brasil e no Mundo. **Revista de Direito Imobiliário**, 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun/2000, p. 91-92.) relatou dois fatos que são indícios da relação dos serviços notariais e registrais com a diminuição de demandas judiciais. O primeiro deles foi o resultado de uma pesquisa realizada nos EUA pela empresa Tillinghast, especializada em relacionamentos sócio-econômicos. Esse estudo comparou o custo da administração da Justiça naquele país (onde o notariado é do tipo anglo-saxão) com o de países que adotam o notariado latino (como ocorre no Brasil). Conclusão: enquanto nos países que adotam o notariado latino o custo do judiciário gira em torno de 0,5 % do PIB, nos EUA ele eleva-se cerca de sete vezes mais, ou seja, 3,6 % do PIB. Apontando para a mesma direção, os atos da Agenda *For Civil Justice Reform in America* – August 1991 – Vice-President United States, mostram que de 1984 a 1989 houve um incremento de 26,7 % nos procedimentos contenciosos por disposições contratuais e de 44,2% na estrutura de contratos imobiliários. O número de processos civis triplica a cada ano (1 processo por cada 10 adultos em 1989), de tal forma que o custo da Justiça civil está estimado em 300 milhões de dólares anuais. Segundo Formicola, Ministério da Justiça da China entrou com solicitação junto a União Internacional do Notariado Latino para instituir o modelo latino em seu país. Foi por eles explicado que através de levantamentos estatísticos ficou constatado o menor número de demandas judiciais com questões patrimoniais e de família nos países que adotam o notariado latino.

propor a extinção da serventia extrajudicial e a anexação de suas atribuições ao serviço da mesma natureza mais próximo ou àquele localizado na sede do respectivo município ou do município contíguo, toda vez que não for possível o provimento, da titularidade do serviço.

No que diz respeito aos emolumentos das serventias notariais e registrais é importante ressaltar que a Constituição distingue os institutos de custas do serviço forense (art. 24, IV) dos emolumentos extrajudiciais, previstos nos art. 236, § 2º. Os notários e registradores têm direito a percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados em suas serventias (art. 28, Lei n. 8935/94), sendo que o valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração de serviços prestados (art. 1º, parágrafo único da Lei n. 10169/2000).

A Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, que modifica o sistema de previdência social, deu nova redação ao art. 40, parágrafo único, II, prevendo que a aposentadoria compulsória por motivo de idade aplica-se somente aos servidores titulares de cargos públicos efetivos. Sendo assim, este dispositivo constitucional veio corroborar as disposições do art. 236 da CF/88 e da Lei n. 8935/94 segundo os quais o notário não é servidor público, e nem tampouco ocupam cargos públicos efetivos. São profissionais de direito, delegados de um serviço de utilidade ou de relevância pública (e não de serviço público típico ou essencial).

A Constituição de 1988 e a Legislação Federal, no que tange ao regime jurídico notarial e registral, pautaram-se pelos ideais teóricos do neoliberalismo e da doutrina mais atualizada, conforme acima expostas, adotando em suas disposições, principalmente, os

critérios da política de privatização e da descentralização administrativa (nesse caso, pela via da transferência legal, na modalidade da delegação) e dos princípios da eficiência e da qualidade na prestação de serviço de utilidade pública. Notários e registradores não ocupam cargos públicos efetivos, submetem-se o regime de previdência geral e não estão sujeitos à aposentadoria compulsória por motivos de idade.

1.6. A ESCRITURA DE COMPRA E VENDA

A escritura pública é o instrumento³⁷ dotado de fé pública, fazendo prova plena. Deve conter além dos requisitos contidos no artigo 108, do Código Civil Brasileiro de 2002³⁸, os indicados em leis especiais. Para João Roberto Parizzato:

A escritura é o documento ou instrumento em que se materializa o ato jurídico ou contrato, praticado ou ajustado entre as pessoas (partes). É chamada de pública porque é feita por oficial público, achando-se revestida de todas as formalidades previstas em lei.²⁰

A escritura pública, afirmam os notarialistas, “é o principal instrumento que cabe ao tabelião elaborar. Trata-se na visão do famoso tabelião Veiga, tradicional serventuário da paulicéia, do mais importante instrumento do direito brasileiro”³⁹.

³⁷ Instrumento público é o gênero, de que a escritura é uma das espécies. O antigo Código quer aludir a escritura pública propriamente dita, seguindo a tradição e a técnica de direito pátrio. Nasceu daí o Decreto Legislativo n. 3.725, de 15 de janeiro de 1919, que substituiu a expressão instrumento público por escritura pública.

³⁸ Artigo 134, § 1º do CC de 1916. “A escritura pública lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, e, além de outros requisitos previstos em lei especial de conter”.

³⁹ PARIZZATO, João Roberto. Serviços notariais e de registro: Lei 8.935/94. Brasília: Brasília, 1995, p. 20.

Frise-se que as escrituras públicas, segundo Julenildo Nunes Vasconcelos e Antônio Augusto Rodrigues Cruz:

São construtivas quando, a lei exige essa solenidade. Ser convencional quando as partes acordem que o negócio jurídico se tem por perfeito, quando elaborado por instrumento público. Portanto, os documentos públicos ou privados, são constitutivos e probatórios. Os primeiros dão vida ao negócio jurídico, os segundos provam um negócio jurídico anterior, mas não o modificam. Havendo divergência, prevalecerá o primeiro (instrumento público)⁴⁰.

Assegura João Roberto Parizatto que, segundo o artigo 134, § 3º, do Código Civil de 1916, as escrituras públicas lavradas por tabeliães de notas deverão ser dirigidas em língua nacional. E, consoante o artigo 108, do atual CC, não dispondo a lei em contrário, a escritura pública ‘essencial à validade dos negócios jurídicos que visem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Com o novo dispositivo restou claro vacilante desprestígio do instrumento público em favor do instrumento particular. Incorreu o legislador em ameaça à segurança jurídica das partes ao desconsiderar a relevante função do tabelião que com sua imparcialidade tende a assegurar o verdadeiro desiderato dos outorgantes.

Ademais, a Lei 7.433, de 18 de dezembro de 1985, dispõe sobre os requisitos para a lavratura da escritura pública e o Decreto n. 93.240, de 09 de setembro de 1986, regulamenta tal lei.

⁴⁰ PUGLIESE, Roberto J. Op. Cit., p. 96.

A proposta deste trabalho não é a de abarcar um estudo do Direito Civil, muito menos de esgotá-lo. Cuidaremos apenas dos aspectos mais diretamente relacionados à escritura pública de compra e venda, buscando apoio nos grandes mestres para aprofundamento no respectivo tema e ramo do Direito, dessarte analisando a conduta do Notário, do Direito Notarial, esse sim objeto de nossa prospecção.

O conceito de compra e venda vem do art. 481 do Código Civil: *”Pelo contrato de compra e venda um dos contratantes se obriga a transferir domínio de certa coisa, e outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”*. Trata-se de contrato consensual⁴¹, pois que é considerado perfeito desde o acordo de vontades. Fica claro, pelo próprio conceito legal, que compra e venda não é contrato real (aqueles que se tornam obrigatório apenas com a entrega da coisa), nem transfere a propriedade do objeto; ao contrário, obriga o vendedor a transferi-la⁴². Se o vendedor não o fizer, estará deixando de executá-lo, inadimplindo-o, o que não tem relação com a celebração ou com a validade do contrato.

O que transfere a propriedade é a tradição da coisa, quando se tratar de bens móveis (art. 1.267 do Código Civil), ou o registro no registro de imóveis, se o bem for imóvel (art. 1.245 do Código Civil). Portanto, no caso de imóvel, no Direito Brasileiro, é o registro que transfere a propriedade e não a escritura de compra e venda, mesmo pública; isto porque o

⁴¹ Código Civil, Art. 482: “A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço”.

⁴² PEREIRA, Caio Mário Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: ed. Forense, 3ª edição, volume III, p. 115: “Contrato, meramente obrigatório, não opera a transmissão do domínio, limitando-se a transferir a posse – *vacuum possessionem tradere*”.

objeto do contrato de compra e venda é a obrigação de transferir o domínio de certa coisa e não a transferência dela em si.

O registro é constitutivo do direito de propriedade, eficaz desde o momento da apresentação do título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo, mas gera presunção *iuris tantum* do domínio, que pode ser elidida por prova inequívoca. Ressalta dessa forma, o caráter obrigacional da compra e venda, conferindo aos contraentes apenas direitos pessoais, ainda que todo o preço tenha sido pago pelo comprador. É que *traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*.⁴³

Classifica-se ainda como contrato bilateral ou sinalagmático porque cria obrigações para ambos os contratantes, que serão ao mesmo tempo credores e devedores, pois que cabe ao vendedor transferir a propriedade da coisa alienada e ao comprador a obrigação de pagar o preço ajustado⁴⁴. São, também, onerosos, pois não há compra e venda gratuita – que se tornaria doação – na medida em que ambas as partes auferem vantagens patrimoniais de suas prestações: o preço e o objeto, reciprocamente.

Trata-se de contrato, em regra, cumulativo considerando-se que há certeza da equivalência das prestações, ainda que mais ou menos onerosas a uma das partes, podendo ser, contudo, aleatório, (*emptio spei*) como na hipótese prevista no art. 483 do Código Civil: “A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Nesse caso, ficará sem efeito o

⁴³ WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro**: obrigações e contratos. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 293.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 13. ed. vol. III. São Paulo: Saraiva, p. 154-155.

contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório”.

É contrato de execução única, imediata, instantânea, ao contrário, por exemplo, da locação. Para Orlando Gomes se for a crédito, a compra e venda poderá ser considerada de execução continuada⁴⁵. Quando tiver por objeto bem imóvel, a compra e venda é contrato solene, na quase totalidade das vezes, conforme art. 108 do Código Civil: “*Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no país*”.

Segundo Moraes⁴⁶, o preço pode ser deixado ao arbítrio de terceiro ou à taxa de mercado ou de bolsa, em determinado dia e lugar. Igualmente pode o preço ser combinado em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação. Inclusive, por estranho que possa parecer, porque o preço é um de seus elementos essenciais (art. 482 do CC), a compra e venda pode ser convencionada sem a fixação de preço ou de critérios para a sua determinação⁴⁷. Neste caso, o legislador determina, como forma de aproveitar o negócio jurídico, a presunção de que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor, quando não houver tabelamento.

⁴⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 222: “De regra, há equivalência entre o sacrifício e o proveito. Mas como a equivalência é subjetiva, não basta para caracterizar a comutatividade do contrato. É necessário ainda que haja certeza quanto às prestações. Se à prestação do vendedor corresponde a do comprador, sem que qualquer das duas possa falhar, o contrato será comutativo, pouco importando que não se equivalham objetivamente. No entanto, se o preço for irrisório, não haverá venda, mas sim, *negotium mixtum cum donatione*”.

⁴⁶ MORAES, Emanuel Macabu. **Tabelião de notas**: escrituras, procurações, e testamentos públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 62.

⁴⁷ Código Civil, art. 488.

Contudo, é nula a compra e venda em que a determinação do preço fique ao exclusivo arbítrio de uma das partes, por constituir cláusula meramente potestativa⁴⁸.

É muito comum que nas escrituras de compra e venda as partes estabeleçam as chamadas arras ou sinal. As arras presumem-se confirmatórias, cabendo à parte que a recebeu devolvê-las ou computá-las no preço da coisa, quando da conclusão do negócio. Em havendo inadimplemento por parte de quem deu as arras, faculta-se à outra resolver o contrato, retendo-as; ao contrário, se o descumprimento for da parte de quem as recebeu, aquele que as deu pode desfazer o contrato e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo os índices oficiais, regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado⁴⁹.

Demonstrando prejuízo maior do que o valor das arras toca à parte inocente o direito de pedir uma indenização suplementar, valendo as arras como taxa mínima. Ou pode optar por exigir a execução do contrato, mais perdas e danos, também servindo as arras como piso de indenização.⁵⁰

Mas, se for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras são consideradas penitenciais e terão função unicamente indenizatória, afastando-se o direito à indenização suplementar, valendo o mesmo padrão acima mencionado de que a parte que as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o

⁴⁸ Código Civil, art. 122.

⁴⁹ Código Civil, art. 418.

⁵⁰ Código Civil, art. 419.

equivalente. Frequentemente pode-se estabelecer na escritura, cláusula penal em decorrência do inadimplemento de uma das cláusulas da compra e venda. A regra é que a parte que descumpriu o pactuado incorra automaticamente nas sanções da cláusula penal (*mora ex re*)⁵¹.

A penalidade pode ser estipulada pelo total inadimplemento, caso em que se converte em alternativa em favor do devedor; ou apenas em caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, hipótese na qual o credor tem direito de exigir a pena cominada, juntamente o desempenho da obrigação principal⁵². A cláusula penal, pelo Código Civil (art. 412), não pode exceder a obrigação principal, devendo ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio⁵³.

Saliente-se que, eventualmente, a compra e venda está inserida na relação de consumo e a Lei n. 8.078/90 tem regras próprias acerca da mora contratual, situando a multa no patamar máximo de 2% (art. 52, § 1º), estatuiu ainda que, nos contratos de compra e venda de imóveis mediante o pagamento em prestações consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor (pacto comissório) que, em razão de inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado (art. 53).

As partes têm a liberdade para determinar a distribuição dos custos com as despesas notariais e registrais, com a documentação e com a tradição da coisa; mas, ausente a

⁵¹ Código Civil, art. 408.

⁵² Código Civil, arts. 410-411.

⁵³ Código Civil, art. 413.

convenção, deve-se entender que as despesas da escritura e do registro são de conta do comprador, e do devedor, as da entrega da coisa.

Na venda de ascendente a descendente, mas não na de descendente a ascendente, é preciso o consentimento expresso de todos os outros descendentes – sendo em princípio, desnecessário o dos respectivos cônjuges⁵⁵ - e do cônjuge do alienante, sendo esta última dispensável se o regime de bens for o da separação obrigatória, sob pena de anulabilidade⁵⁴. Tornam-se nula a compra e venda, ainda que em hasta pública – que, a rigor, não é contrato de compra e venda e sim negócio jurídico processual que importa transferência de domínio, quando for feita entre as pessoas que detenham poder sobre as outras, já que, como se sabe, o poder sempre é exercido em benefício de outrem e nunca em proveito próprio.

Daí a vedação legal para que comprem ou recebam em cessão de crédito os tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração; também importa aos servidores públicos, em geral, quanto aos bens ou direitos da pessoa jurídica a quem servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta; e aos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, relativamente aos bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho,

⁵⁴ O art. 1.647 do CC só exige a outorga do outro cônjuge para a alienação ou gravame de bens imóveis. O consentimento aqui dado não é para alienar ou gravar imóvel, não tem natureza real. Dessarte, como norma restritiva não pode sofrer interpretação ampliativa, em princípio, parece ser desnecessária a vênua conjugal. Cuida-se de ausência de legitimação civil contratual.

no lugar onde servirem, ou a quem se estender a sua autoridade; sendo igualmente vedada a aquisição pelos leiloeiros e seus prepostos, dos bens de cuja venda estejam encarregados⁵⁵.

Lembre-se de que o regime de bens do casamento anterior à vigência do Código Civil de 2002 fica mantido (art. 2.039), razão pela qual os casados pelo regime da separação absoluta de bens só ficam liberados das restrições do art. 1.647 quando o matrimônio lhe for posterior. O novo Código Civil encerrou de forma muito adequada as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade ou não de venda entre cônjuges, determinando que é lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão. Por consequência, os casados sob o regime da comunhão de bens não podem celebrar compra e venda entre si, em nenhuma hipótese.

Sendo a venda *ad corpus* (venda de bem imóvel como coisa certa e discriminada), a referência às suas dimensões é meramente enunciativa, não havendo complemento de área, nem devolução de excesso, constatada a diferença para maior ou menor. Ao contrário, tratando-se de venda *ad mensuram*, estipulando-se o preço por área ou medida de extensão, a divergência dará direito ao pleito do complemento do terreno ou de abatimento no preço, ou, se impossível, a resolução do contrato. Se houver excesso, o vendedor que o ignorava tem resguardado o direito de exigir o aumento no preço ou a devolução do que sobejou. O Código Civil criou a presunção legal de que é meramente enunciativa a referência às dimensões menores que 5% da área total, salvo se o comprado provar que se tivesse percebido a diferença

⁵⁵ Código Civil, art. 497. No caso dos juízes e serventuários da justiça é permitida a venda ou cessão entre co-herdeiros, ou em pagamento de dívida, ou para garantia de bens que já lhes pertencia (art. 498 CC). Aqui também há ausência de legitimação civil.

não teria celebrado o contrato⁵⁶. A escritura deve ser expressa quanto à responsabilidade dos débitos anteriores relacionadas à coisa, pois, ausente tal cláusula contratual, o vendedor responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição.

Há o direito legal de preferência, tanto por tanto, ao condomínio de coisa indivisível, como sói ocorrer com os imóveis citadinos⁵⁷ e ao inquilino de imóvel urbano⁵⁸. Igualmente, preferem os co-herdeiros, enquanto não feita a partilha⁵⁹. A compra e venda comporta várias cláusulas especiais. Neste trabalho, analisaremos apenas as mais afeitas às escrituras de compra e venda de imóvel.

O pactum de retrovendo, denominado no Código Civil de retrovenda, é a cláusula pela qual o vendedor de uma coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de 3 (três) anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuarem com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias (art. 505). A cláusula que cria natureza de retrato tem natureza real⁶⁰ em favor do vendedor, oponível *erga omnes*, e é cessível *inter vivos* e transmissível a herdeiros e legatários. Nesta medida, fica o vendedor com o direito potestativo de retomar a coisa dentro do prazo estipulado, afigurando-se neste, ínterim, a instabilidade contratual e dominical porque a propriedade fica resolúvel⁶¹. A cláusula de retrovenda é relativamente pouco usada na prática e deve alertar o tabelião para a

⁵⁶ Código Civil, art. 500.

⁵⁷ Código Civil, art. 504.

⁵⁸ Lei n. 8.245/91, arts. 27 e seguintes.

⁵⁹ Código Civil, art. 1.794.

⁶⁰ WALD, Arnold, op. cit., p. 300.

⁶¹ Código Civil, art. 1.359: “Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entende-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possuía ou obtenha”.

adoção dos cuidados necessários no sentido de se certificar rigorosamente da real intenção das partes, uma vez que pode esconder prática usurária. Ficando clara a ofensa à lei de usura (Decreto n. 22.626/1993), joga-se dever o tabelião abster-se de lavrar a escritura ou formular consulta ao juízo competente.

É pertinente ressaltar que, exercido o direito de retrato não há novo contrato de compra e venda, razão pela qual não cabe a cobrança de novo imposto de transmissão *inter vivos*. Finalmente, ressalte-se que não é possível ajustar pacto de retrovenda na promessa de compra e venda porque o objeto do pré-contrato é a celebração do contrato principal. Neste caso, como não há efetiva venda, torna-se inadmissível o *pactum de retrovendendo*.⁶²

Já a cláusula de preempção ou preferência (*pactum protimiseos*) é admitida quando ajustado que o vendedor tem a obrigação de oferecer ao comprador a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de preleção de compra, em iguais condições⁶³. O prazo para a fixação do direito de preferência é de dois anos no caso de imóveis, e deverá ser exercido em período não superior a sessenta dias, a contar da data que o primitivo vendedor foi notificado do negócio. A infringência desta cláusula dá direito apenas a perda e danos em favor do comprador preterido em seu direito de preferência ou a sua transmissão hereditária. Percebe-se a sua indiscutível natureza pessoal, e não real.

O novo Código Civil incorporou o instituto conhecido no Direito Administrativo como retrocessão para dar ao ex-proprietário de coisa desapropriada a preferência na compra da

⁶² WALD, Arnold, op. cit., p. 300.

⁶³ Código Civil, art. 513.

mesma se não lhe for dado o destino público⁶⁴. O pacto comissório é, em princípio, reprovável, mas não há óbice para que seja estatuído com base na liberdade contratual (art. 425, CC), desde que não contravenha norma expressa, como no caso do art. 1.428 do Código Civil⁶⁵.

A cláusula resolutiva tácita (também chamada de condição resolutiva ou resolutória tácita) é inerente a qualquer contrato bilateral, mas sua eficácia depende da interpelação judicial (*mora ex persona*). Nada impede que se faça constar expressamente do conteúdo do contrato de compra e venda que, em havendo descumprimento por uma das partes, mormente nas vendas a prazo, que a parte lesada a tenha por resolvida, automaticamente, ou seja, de pleno direito (*dies interpellat pro homine*), respeitada a função social do contrato (art. 426 do CC). Em ambos os casos a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos (art. 475 do CC).

O Decreto-Lei n. 58/1937, regulatório do loteamento de terrenos rurais, veda a cláusula resolutiva expressa – pacto comissório (art. 14), no que foi acompanhado pela Lei n. 6.766/79, a qual disciplina o parcelamento do solo urbano (art. 32), admitindo esta última, interpelação, notificação ou intimação extrajudicial (art. 49).

⁶⁴ Código Civil, art. 519.

⁶⁵ Art. 1.428. “É nula a causa que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida.” É vedada a *lex commissoria*, mas agora o parágrafo único antes transcrito permite, de forma arriscada, que o credor fique com a coisa dada em garantia.

Também é admissível na compra e venda a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), que pode ser expressamente prevista na escritura, pois se trata de contrato bilateral, onde nenhuma das partes pode ser compelida a cumprir sua obrigação diante do inadimplemento da outra. Na compra e venda, o vendedor sempre responde pelos riscos da evicção, haja vista que se trata de contrato oneroso, podendo, entretanto, as partes mitigar ou reforçar essa garantia por cláusula expressa na escritura não excluindo a responsabilidade do vendedor pelos riscos da evicção se o evicto deles não soube, ou deles informado, não os assumiu, ou seja, a cláusula de exclusão ou diminuição dos riscos da evicção só será aplicável quando o comprador, de alguma forma, assumi-los (art. 457, CC).

Nos casos de reivindicação por terceiro (evictor) da coisa alienada, cabe ao evicto proceder à imediata denúncia da lide ao vendedor, prevalecendo o entendimento de que não providenciada tal medida processual perde o evicto o direito de obter a condenação do alienante no mesmo processo, mas resguarda a via ordinária em demanda autônoma, com fundamento no enriquecimento sem causa.

Por ser a compra e venda, via de regra, contrato comutativo, aplicam-se-lhes as regras acerca dos vícios redibitórios previstos no art. 441 do Código Civil, ressaltando-se que na venda entre particulares ou empresários apenas os vícios ocultos darão margem às ações edilícias, ao contrário do disposto no Código de proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), aplicável nas vendas de imóveis por incorporadoras a consumidores, por exemplo, o qual admite as mesmas ações até para vício aparente em bens duráveis (art. 26 do CDC).

CAPÍTULO II

O SISTEMA NOTARIAL PORTUGUÊS

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Desde a mais remota Antiguidade foi patente a preocupação do homem em conservar, de forma duradoura, a memória de certos atos e fatos da vida. As consequências jurídicas de alguns deles e a necessidade de demonstrar perante terceiros que foram praticados ou que ocorreram, levaram a considerar não só a procura de suportes mais confiáveis do que a memória humana, mas também de condições que conferissem força de verdade aos fatos e atos praticados.

Qualquer relação jurídica reclama a existência de certeza nos seus pressupostos. Na falta de uma memória pública e fidedigna, os particulares teriam que defrontar-se muito freqüentemente com a necessidade de proceder a inúmeras averiguações, por vezes demoradas e dispendiosas, para adquirir uma certeza. Foi para responder a esta necessidade de certeza que o Estado organizou os registros públicos, isto é, os registros a que qualquer pessoa pode recorrer para conhecer a situação jurídica em que está interessado. Os registros inscrevem fatos de que resultam *situações jurídicas*: inscreve-se o casamento, de que resulta a situação jurídica de casado – e a necessidade de intervenção do cônjuge em certos negócios jurídicos -; a

nomeação de gerente ou administrador, de onde vêm seus poderes de representação da pessoa coletiva em causa; uma compra e venda, e daí a situação jurídica de proprietário, etc. É a publicidade destas situações jurídicas, ou seja, a possibilidade de delas se ter conhecimento seguro, que interessa às pessoas como pressuposto das relações jurídicas.

Para que os registros possam afirmar a certeza jurídica que deles se reclama, cumpre naturalmente fazer titular, ou seja, testemunhar de forma qualificada a ocorrência dos fatos e das declarações de vontade objeto do registro, para resguardá-los de futuras dúvidas, seja sobre a ocorrência, seja sobre a sua correspondência à real vontade do declarante. O título é assim o pressuposto necessário do registro; em não poucos casos, o título é um documento elaborado, testemunhado ou autenticado por oficial público particularmente qualificado: o Notário.

Foi logo com as primeiras formulações do direito que surgiu a preocupação pela busca de uma forma de garantir a certeza jurídica: parece ter sido a Antiga Mesopotâmia quem primeiro se deu conta dessa necessidade, fazendo registrar em pedra a ocorrência a ocorrência de transações imobiliárias⁶⁶. Na Grécia Antiga, a transferência de propriedade realizava-se exclusivamente por efeito de contrato, havendo até um sistema de publicidade instituído para informação de terceiros. Em Roma, a instituição a que hoje chamaríamos de registros e de notariado repousava sobre três categorias de pessoas: os *notarii*, que passavam a escrito atos orais que cumpria registrar desta forma, os *tabelliones* ou *tabularii*, que redigiam contratos, e os *scribae* ou *curiales*, a quem cabia a elaboração do cadastro predial.

⁶⁶ Sobre os antecedentes históricos dos registros e do notariado, vd., entre outros, John Gilissen, **Introdução histórica ao direito**, tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Fundação Calouste Gulbenkian; Marcelo Caetano, **História do direito português (Séc. XII-XVI)**. 4. edição, Verbo, 2000. Martin de Albuquerque e Ruy de Albuquerque, **História do direito português**, 1984/1985.

Só a partir só século XIX, com a Lei Hipotecária de 1836, surgiu em Portugal o primeiro sistema de registro predial, até que foi publicado, em 1922, o primeiro Código de Registro Predial. Por sua vez, o registro comercial conheceu suas primeiras formulações com o Código Comercial de 1833; mas o primeiro Código de Registro Comercial só veio a surgir em 1959. Já no que diz respeito ao estado civil, não há notícia do seu registro organizado antes do século XIV. É desta altura que datam na Itália os mais antigos registros paroquiais de batismo que depois foram generalizados. Todavia, foi só com o Concílio de Trento que surgiu a obrigação de manter registros paroquiais de batismo e de casamento; os registros de óbito só viram no século XVII a obrigação canônica de serem conservados.

A organização oficial e sistemática do registro civil nasceu na Europa, após a Revolução Francesa (1789-1799) com o Código Civil Napoleônico de 1804⁶⁷. Em Portugal, depois de uma tentativa frustrada de Barjona de Freitas em 1878 – o regulamento de 28 de maio de 1878 restringiu a sua aplicação aos registros, efetuados pelos administradores de conselho, relativos a cidadãos não católicos, o registro civil obrigatório só veio a ser instituído em 18 de Fevereiro de 1911, com a publicação do primeiro Código do Registro Civil, determinando-se então o encerramento dos registros paroquiais, os quais, abrangendo apenas os cidadãos católicos, regiam-se pelo Regulamento do Registro Paroquial de 1862.

⁶⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Fundação Calouste Gulbenkian, p. 561.

Como já abordado, o Notariado primeiramente desenvolveu-se na Itália⁶⁸. A partir do século XII, os notários nomeados, uns pelo Imperador, outros pelo Papa – os notários imperiais e notários apostólicos – podiam redigir instrumentos num espaço quase ilimitado; ocupavam-se designadamente da redação de inúmeros contratos nas cidades comerciais como Gênova, Pisa e Milão. Os seus atos eram públicos, *instrumenta publica*: faziam prova plena⁶⁹.

Desde o reinado de D. Afonso II (1211-1223), segundo Gama Barros⁷⁰ passou a haver em Portugal oficiais públicos, que já não eram clérigos, com o título de tabeliães e cuja função era de lavrar escrituras entre particulares, estando à disposição dos interessados. A disciplina dos tabeliães foi regulamentada pelos regimentos de 12 e 15 de janeiro de 1305. O primeiro fixava os emolumentos e ordenava que as notas fossem lançadas nos livros em vez de se conservarem em cédulas avulsas. Os instrumentos deveriam ser lavrados pelas notas e lidos às partes e por estas confirmados.

O subseqüente regimento de 15 de Janeiro mandava escrever em livro de papel as notas das escrituras e instrumentos para não se perderem, registrar em livro de couro as escrituras dos contratos, escrever e ler as notas perante as testemunhas, chamar testemunhas que identificassem os intervenientes desconhecidos, datar e localizar os documentos, nomear os

⁶⁸ As cidades do norte da Itália eram importantes centros comerciais durante a Baixa Idade Média (séc. XII-XV). A intensa atividade comercial dessas cidades e, talvez, a sua ligação comercial com o Império Bizantino e o Oriente, provavelmente foi uma das causas dessa primazia da Itália no desenvolvimento do Direito Notarial no Ocidente.

⁶⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. cit. p. 392, que cita como fonte M. Amelotti e G. Costamano.

⁷⁰ *Apud*, Marcelo Caetano, **História do direito português (Séc. XII-XVI)**. 4. edição. Verbo, 2000, p. 355.

intervenientes e referir o objeto do negócio – tudo por extenso. As infrações seriam punidas com a morte⁷¹. A primeira Lei Orgânica do Notariado data de 23 de Dezembro de 1899⁷².

A ciência do direito notarial tem por objeto, de um lado, o estudo, a investigação e construção lógico-jurídica das regras e conceitos sobre o Notário, a função notarial e o instrumento público (direito notarial puro); de outro, o estudo das normas de direito substantivo respeitantes aos requisitos dos contratos e demais declarações de vontade dos particulares e da prática de aplicação dessas normas pelo Notário (direito notarial aplicado). Pode-se dizer que existem tantos notariados quanto aos direitos ou ordenamentos jurídicos e os tipos de sociedade. Isso ocorre porque o notariado é uma instituição criada pela sociedade para atuar na sociedade e assumindo características do meio onde surgiu.

O notariado português integra o sistema designado por notariado latino, regido por certo número de princípios fundamentais entre os quais relevam o reconhecimento de fé pública aos atos praticados pelo Notário, com as inerentes conseqüências em nível do valor probatório dos documentos, e um apreciável grau de autonomia funcional.

Como os primeiros tempos da nacionalidade foram de guerras constantes contra os árabes e com os outros reinos cristãos da Península Ibérica, mormente com os Reinos de Leão e Castela eis a possível razão, talvez, pela qual tendo o Notariado atingido em diversos reinos da península um desenvolvimento notável, isso não aconteceu em Portugal.

⁷¹ Martin e Ruy de Albuquerque, ob., cit., p. 306 e 309.

⁷² LOPES, J. de Seabra. **Direito dos registros e do notariado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

A reforma instituída pelo referido Decreto-Lei nº. 6/2004, de 4 de Fevereiro, veio consagrar o Sistema Notarial Latino em Portugal, correspondente ao sistema jurídico romano-germânico ou de *Civil Law*. O Notário é oficial público, agindo com independência e imparcialidade perante os intervenientes nos negócios jurídicos por si formalizados e, simultaneamente, *profissional de direito*, livremente escolhido pelas partes, a quem presta aconselhamento e assessoria jurídica. No notariado latino, a autoria de documentos é imputada aos notários, assumindo os documentos, por isso, a natureza de documentos públicos e sua feitura pode ser recusada quando o ato solicitado for contrário à lei.

Neste capítulo objetiva-se examinar o Sistema Notarial Português e, em especial, a Escritura Pública de Compra e Venda, abrangendo também outros aspectos importantes como: investidura do Notário, o controle da atividade pelo poder público, emolumentos, competência, dentre outras características.

2. A FUNÇÃO NOTARIAL

2.1 O Notariado Latino

É coerente afirmar que há tantos notariados quantos os direitos ou ordenamentos jurídicos e os tipos de sociedade. Os direitos são muitos. Tanto quanto os Estados, pelo menos. Não obstante, é possível encontrar traços essenciais comuns, que permitam agrupá-los em sistemas, pela comparação dos vários elementos que o compõem. Os critérios adotados para a

repartição das várias ordens jurídicas em sistemas têm variado com o tempo. Têm sido ensaiados os da raça, da língua, da religião, da origem histórica, da ideologia política, da civilização e mesmo critérios mistos. O critério civilizacional, tendo como base as formas de vida social, tem sido o mais adotado. Com base nele separam-se os direitos em primitivos e civilizados e estes em três grupos: o romano-germânico (também designado continental ou de *civil law*), o anglo-saxônico e o socialista.

Em termos de notariado, definir a função notarial significa estudar o respectivo órgão, Notário e, inversamente, fixar o conceito de Notário significa definir a própria função notarial. No entanto, para efeito de análise e facilidade de exposição, separam-se as duas figuras: o Notário e a função notarial.

O Notário latino é o profissional de direito encarregado da função pública de receber, interpretar e dar forma legal à vontade das partes, redigindo os instrumentos adequados a esse fim e conferindo-lhes autenticidade, e de conservar os originais e expedir fotocópias autênticas do seu conteúdo. Na sua função está compreendida a autenticação dos fatos. Dessa definição, proclamada pelo I Congresso Internacional de Notariado Latino (Buenos Aires, 1948) resulta que Notário é um oficial público e, ao mesmo tempo, um profissional de Direito. De fato, o conceito de Notário como simples oficial público não se adequaria com o princípio da livre escolha do Notário pelos interessados, nem com o princípio da remuneração do mesmo pelas partes, e deixaria por justificar a função de assessoria jurídica do Notário prestada sob sua exclusiva responsabilidade, princípios estes em vigor nas várias legislações dos países de notariado latino.

O Notário não é um funcionário público. Antes exerce a função pública de autenticação dos atos e contratos que formaliza. Também não é um profissional livre no sentido absoluto da expressão, dada a vertente pública da função. É um profissional que exerce a função pública. No sistema notarial latino, a função notarial compreende uma vertente profissional, um *officium civile* ou profissão jurídica de natureza privada e uma vertente funcional *officium publicum*, função certificadora e autenticadora.

A função privada refere-se ao conteúdo do documento e traduz-se, por um lado, na escolha e interpretação da vontade das partes, no auxílio à formação dessa vontade e, por outro lado, na adaptação desta ao ordenamento jurídico, na escolha e conselho dos meios adequados à realização dos fins pretendidos pelos interessados, na redação e conformação do próprio instrumento à lei, na explicação às partes do conteúdo e efeitos do ato. A função pública reporta-se ao documento na sua expressão externa de autenticidade dos atos ou das declarações de vontade do ato ou da relação jurídica.

Assim como o Notário é um profissional que exerce a função da fé pública, também a função certificadora ou autenticadora do Notário e a sua função assessora integram incindivelmente o conteúdo complexo da função notarial, dada a unidade que formam para produzir a realidade documental, constituída pela agregação destas duas facetas, funcional e jurídica, numa nova realidade, com vida própria, distinta dos elementos que a integram. A função notarial nessa dupla vertente, pública e privada, reafirma a missão principal do Notário que é a feitura de documentos. Logo, a contribuição do Notário para a realização da certeza e

da segurança jurídicas é prestada através da especial eficácia, autenticidade e legalidade formal e substancial do instrumento público.

2.2. NATUREZA DA FUNÇÃO NOTARIAL

São várias as posições acerca da natureza da função notarial. Vão desde a orientação tradicional segundo a qual é o Notário o funcionário público encarregado de autenticar determinados atos e contratos, até a mais avançada, que o apresenta como profissional do Direito, cuja missão consiste em redigir e dar forma legal a esses mesmos atos e contratos, passando por várias posições intermediárias, introduzindo novos elementos ou comungando de alguns aspectos de uma ou de outras daquelas posições. A teoria da função notarial como função autenticadora (teoria da fé pública) é a mais antiga e, tradicionalmente, a mais seguida teoria sobre a função notarial. Tem tido papel preponderante nas definições legais de notariado, especialmente na França, Espanha, Itália e Portugal.

No que respeita a Portugal, a lei consagrou, ao longo dos tempos, a função notarial como função autenticadora. O legislador limitou a competência dos Notários públicos fundamentalmente aos atos notariais que carecessem de certeza e de autenticidade. Já a partir do Código do Notariado de 1960, é que o legislador passou a estabelecer que a função notarial tenha essencialmente por fim dar forma legal e conferir autenticidade aos atos jurídicos extrajudiciais⁷³.

⁷³ Enquanto o Código do Notariado de 1935 (Decreto-Lei n. 6.118, de 24.11.1935) atribuía aos Notários a competência para intervir em todos os atos extrajudiciais a quem os interessados devessem ou quisessem dar

O artigo 1º. do Estatuto do Notariado dispõe que “o Notário é o jurista a cujos documentos escritos, elaborados no exercício de sua função, é conferida a fé pública.”

A fé pública, que explica perfeitamente a função notarial quando se trata da certificação de fatos, revela-se insuficiente quando se trata da prática de negócios jurídicos titulados por escritura pública, cujo valor e efeitos é incapaz de fundamentar. A função notarial visa à segurança: a segurança formal ou instrumental do documento notarial e a segurança substancial, que requer um negócio válido num documento redigido de maneira clara, sem contradições, ambigüidades ou lacunas, apto para satisfazer as necessidades práticas que as partes perseguem. A fé pública, por si só não constitui o elemento definidor da função notarial. Há fé pública sem notariado ou fora do notariado.

Assim, constituem a função notarial:

- 1º. A dação da fé pública aos atos jurídicos extrajudiciais, isto é, a imposição da verdade dos fatos, negociais ou não negociais, vistos, ouvidos ou apreendidos através de qualquer sentido pelo Notário (*ex suis propriis sensibus*);
- 2º. A formulação de juízo de legalidade, de conformidade do ato notarial à lei adjetiva e substancial. A lei condiciona a dação da fé pública ao atuar conforme as normas em vigor. O cumprimento deste mandato impõe ao Notário o dever de ajuizar do fato

certeza e autenticidade (art. 100), o Código de 1960 estabeleceu, como fim essencial da função notarial, dar forma legal e conferir autenticidade aos atos jurídicos extrajudiciais (art. 1º).

documentado, de acordo com o direito vigente, para resolver se a sua conduta se ajusta ou não ao mesmo. Esta tarefa se realiza através de um poder qualificador e que deriva daquele preceito. No uso desse poder, o Notário pode formular duas espécies de juízos, conforme a natureza negocial ou não negocial do fato: um *juízo de licitude* destinado a verificar se, de um modo geral, o ato é proibido por lei ou é contrário aos bons costumes; ou um *juízo de legalidade* tendo em vista averiguar, a partir do exame dos pressupostos e elementos de fato, a sua idoneidade para produzir os efeitos jurídicos desejados pelas partes, de acordo com a ordem jurídica estabelecida.

- 3º. A assessoria das partes na determinação do conteúdo do instrumento, mediante o conselho, pedagogia e auxílio na formação da vontade das partes, na recepção desta e na sua interpretação.

Nenhum destes aspectos apontados pode faltar na função notarial, porque a natureza desta assim o impõe. A função certificadora e autenticadora do Notário e a sua função assessora e conformadora, integram o complexo arcabouço funcional, demandado para a produção da realidade documental.

2.4. A FUNÇÃO NOTARIAL EM PORTUGAL

2.4.1. Aspectos Gerais

Dispõe o art. 1º. Do Código do Notariado:

1 – A função notarial destina-se a dar forma legal e conferir fé pública aos actos jurídicos e extrajudiciais.

2 – para efeitos do disposto no número anterior, pode o notário prestar assessoria às partes na expressão da sua vontade negocial.

Vê-se que, para o legislador português, o núcleo essencial da função notarial é constituído pela dação da fé pública aos atos jurídicos e extrajudiciais e pela atividade de conformação dos mesmos atos à lei substantiva e adjetiva. A prestação da assessoria às partes pode, eventualmente, ser objeto da função notarial. Mas essa possibilidade apenas foi consagrada expressamente na lei, com o atual Código do Notariado⁷⁴ na medida necessária à indagação, interpretação e adequação da vontade das partes ao ordenamento jurídico.

A possibilidade de o Notário prestar assessoria distingui-se do dever que o mesmo tem de dar informações. A lei portuguesa exige – sempre exigiu – do Notário que prestem

⁷⁴ No âmbito da lei anterior (Código do Notariado de 1967, aprovado pelo Decreto-Lei n. 47.619, de 31/3) na falta de disposição legal que, explicitamente, consagrasse a assessoria como elemento integrador da função notarial, considerava-se existirem normas nas quais se encontrava implícito o dever de conselho a prestar pelo Notário aos particulares. Era o caso do art. 58º, respeitante à redação dos atos notariais (cfr. Art. 42º, do Código Atual); do art. 59º n. 2 e 3, segundo o qual o Notário devia reproduzir a minuta apresentada pelos interessados, adotando, em caso de imperfeição desta, a redação que, em seu juízo, melhor exprimisse a vontade das partes (cfr. Art. 42º, n. 2 e 3 do Código Atual); do art. 62º, n. 1, al. i), respeitante à menção documental de instrumento notarial haver sido lido e explicado o seu conteúdo aos outorgantes (cfr. Art. 46º, n. 1, al. 1) do Código Atual; do art. 66º, n. 2, referente ao modo de efetuar leitura e explicação do conteúdo do documento (cfr. Art. 50º, n. 2 do Código atual); do art. 191º, n. 2, contemplando a obrigatoriedade de consignação no instrumento da menção da anulabilidade e ineficácia do ato (cfr. Art. 174º, n.º 2 do Código Atual).

Não é fácil distinguir entre o dever de informar e o dever de dar conselhos, ambos componentes da atividade notarial, pois na prática, eles se cruzam constantemente. O que torna difícil a distinção é que o Conselho comporta, necessariamente, esclarecimentos, advertências e informações que o Notário deve prestar ao cliente quando da outorgação do ato Notarial. O dever de informação é oficial ou público, já que incumbe ao Notário de dá-lo não só no interesse dos outorgantes, como também no interesse de terceiros. Por isso, o dever de informação não está poder de disposição do Notário, nem dos outorgantes. O Notário deve certificar-se *ex officio* que os outorgantes compreendem o sentido e o conteúdo do negócio a outorgar, deve informá-los dos requisitos necessários para a validade do mesmo negócio, deve adverti-los das consequências e efeitos jurídicos que dele resultam.

informações àqueles que as requerem, quando querem outorgar tal ou tal ato. Esta obrigação, aliás, não é específica do Notário, impondo-se do mesmo modo aos Conservadores dos registos, por exemplo. A missão do Notário não é limitada à autenticação dos acordos das partes, mas estende-se ao esclarecimento das mesmas sobre o conteúdo e efeitos das convenções por elas assinadas. É obrigação própria do Notário, não só fazer a leitura dos atos signatários, mas também explicar-lhes o conteúdo da convenção por eles outorgada (art. 40º., nº. 1, a1. do Código do Notariado). Não se pode separar uma coisa da outra: a autenticação do ato e a informação das partes. A perfeita informação dos signatários sobre o conteúdo do ato deve ser considerada como condição de autenticação⁷⁵.

2.4.2. DA FUNDAÇÃO DA NACIONALIDADE ATÉ A PRIMEIRA LEI ORGÂNICA DO NOTARIADO

Portugal tem sua origem no Condado Portucalense doado a D. Afonso Henriques, nobre francês que veio ajudar os reinos cristãos ibéricos na luta contra os mouros muçulmanos. A partir de 1139, funda-se a Dinastia de Borgonha, a primeira da história de Portugal como uma Monarquia Nacional Européia. Os primeiros tempos da nacionalidade foram de guerras constantes contra os árabes e com os outros Reinos da Península Ibérica, especialmente, os Reinos de Leão e Castela.

Nessa época havia a inexistência de normas disciplinadoras da função notarial. Não obstante, documentos extraídos dos Cartórios do Mosteiro de Lorvão, de Santa Cruz de

⁷⁵ LOPES, J. de Seabra. **Direito dos registos e do notariado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

Coimbra e de outros arquivos eclesiásticos da época revelam que o notariado, designado por Tabelionato ou Tabeliato, é uma das instituições mais antigas de Portugal, sendo os notários designados por tabeliães, já conhecidos, provavelmente, antes do século XII, ou seja, antes da fundação. A existência de regras, tendo em vista disciplinar a atividade notarial dos tabeliães de notas, resulta já de documentos do reinado de D. Afonso III (1248-1279). Mas foi no reinado de D. Dinis (1279-1325) que surgiram, em 12 e 15 de Agosto de 1305, as primeiras normas referentes, especialmente, à atividade dos tabeliães.

Posteriormente às leis de D. Dinis e até 23/12/1899 (data da primeira Lei Orgânica do Notariado) ocorreram a publicação de várias normas referentes aos tabeliães (Decreto de 11/04/1661, Lei de 26/06/1667, Decreto de 28/05/1698, lei de 17/08/1761, Decreto de 11/05/1770, Decreto de 28/07/1772, Decreto de 16/07/1855, Lei de 11/09/1861 e lei de 15/07/1863). A atividade destes foi principalmente regida pelas Ordenações do Reino⁷⁶.

2.4.3. DA PRIMEIRA LEI ORGÂNICA DO NOTARIADO ATÉ A CRIAÇÃO DA DIREÇÃO GERAL DOS REGISTROS E DO NOTARIADO

O Decreto de 23/12/1899, que se pode considerar como a primeira Lei Orgânica do notariado português, reorganizou os serviços do notariado e nele se destacam, como principais medidas inovadoras, as seguintes:

- Os notários só podiam ser nomeados entre os bacharéis formados em direito ou pessoas diplomadas com Curso Superior do Notariado, que nunca chegou a existir, embora, pelo que

⁷⁶ FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial**: teoria e prática. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

sabemos, tenha sido feita pelo menos uma publicação com o intuito de servir de base ao estudo que se pretendia implementar;⁷⁷

- O concurso para o lugar de Notário era documental, pois se entendeu que o resultado dos concursos de provas públicas resultava muitas vezes da sorte do que do real merecimento dos candidatos;
- A nomeação do Notário era provisória, durante três anos, só podendo converte-se em definitiva, se nesses três anos desse provas de competência;
- os Notários eram classificados de magistrados de jurisdição voluntária; e,
- A atividade notarial era controlada pelo Conselho Superior do Notariado.

Ao Conselho competia, designadamente:

- Consultar o governo sobre a fixação, redução e criação de lugares de Notário, a sua substituição, quando impossibilitados de exercer funções, e a sua nomeação definitiva;
- Conhecer dos erros de ofício e faltas disciplinares dos Notários e aplicar-lhe as correspondentes sanções; e,
- Propor ao Governo as reformas julgadas convenientes ao aperfeiçoamento do serviço notarial e emitir parecer, sempre que fosse mandado ouvir, sobre os assuntos notariais.

⁷⁷ Monografia documentária para o Curso de Notariado Português, de J. I. Delgado de Carvalho, Coimbra, 1901.

Das decisões do Conselho Superior do Notariado cabia recurso, com efeito suspensivo, para o Ministério da Justiça, que podia decidir, em última instância, depois de ouvida a Procuradoria Geral da Coroa. O recurso era obrigatório para o Ministério Público sempre que o Conselho aplicasse a pena de suspensão, transferência ou demissão⁷⁸.

No decorrer de menos de um ano, o decreto de 14/09/1900 voltou a reorganizar os serviços notariais. Pela primeira vez se atribuiu aos “notários públicos” a designação simplificada de “Notários” e estes passaram a ser chamados de funcionários públicos sem se perceber qual a razão. Continuou a exigir-se dos notários um curso jurídico geral ou especial. Regulamentou-se o Curso do Notariado que continuou sem ser criado. Exigiu-se aos notários, além de determinado tempo de prática, um curso de provas públicas. Restabeleceu-se a sua subordinação ao poder judicial invocado pelo fato de serem de nomeação vitalícia e inamovível, pelo que se entendeu dever a respectiva atividade ser fiscalizada na própria circunscrição onde o Notário desenvolve suas funções.

Manteve-se o Conselho Superior do Notariado, que tinha competência para:

- dar parecer fundamentado sobre todos os projetos de decretos e regulamentos que respeitassem ao notariado;
- Propor ao Governo as reformas que julgasse necessárias aos serviços;
- Exerce o poder disciplinar sobre os notários, com recurso para o Ministério da justiça; e,

⁷⁸ FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial: teoria e prática**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

- Dar parecer, sempre que consultado pelo Governo, sobre assuntos notariais e desempenhar todas as atribuições que lhe fossem expressamente cometidas.

Alguns anos depois, o decreto de 4/7/1905 regulou o provimento dos lugares de Notário, não requeridos por candidatos habilitados nos respectivos concursos anuais, permitindo que indivíduos com menores habilitações pudessem exercer, interinamente, funções, sobretudo, em lugares onde o movimento fosse limitado em extensão e variedade de atos praticados.

Em 1910, o Decreto de 24.10.1910 extinguiu o Conselho Superior do Notariado. A Lei 8-6-1916 permitiu que os ajudantes de notários pudessem, simultaneamente, com estes e sob a responsabilidade solidária de ambos, desempenhar determinadas tarefas. Permitiu ainda chamar outro Notário da mesma comarca ou de comarca limítrofe, quando na sede não houvesse Notário a que se pudesse recorrer em virtude de impedimento legal.

Os Notários que não tinham aceitado a extinção do Conselho Superior do Notariado e lutavam pela sua restauração, viram seus esforços coroados de êxito: o Decreto nº. 4.170, de 26/04/1918, restabelecendo o decreto nº. 4.883, de 8/10/1918, veio considerar providos definitivamente nos lugares em que desempenhavam funções os notários interinos que, à data da publicação do decreto de 23/12/1899, estivessem habilitados mediante concurso para o exercício do lugar de tabeliães de notas. Também permitiu aos ajudantes que estivessem

habilitados com o referido concurso serem nomeados Notários, se o declarassem no prazo de trinta dias a contar da data da publicação do decreto⁷⁹.

O decreto nº. 5.625, de 10/5/1919, trouxe novas orientações ao notariado:

- A reestruturação do Conselho Superior do Notariado que passou a ser formado por: um presidente nato, o Presidente da Relação de Lisboa, ou que o substituir; um Notário de Lisboa e um magistrado do ministério Público, nomeados pelo Governo, em Dezembro de cada ano; e um Notário e um magistrado do ministério Público substitutos para servirem, respectivamente, na falta do Notário e do magistrado efetivo;
- A abertura do notariado às mulheres, desde que formadas em Direito por qualquer das universidades do país;
- A regulamentação do exercício pelos Notários da advocacia ou procuradoria judicial;
- A regulamentação da acumulação do exercício de funções pelos notários e seus ajudantes;
- o estabelecimento da nova tabela de emolumentos notariais; e,
- A obrigatoriedade dos notários demais funcionários com atribuições notariais contribuírem com uma importância fixa, por cada ato lavrado nos seus livros de notas, para o Fundo Especial do Notariado.

⁷⁹ FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial: teoria e prática**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

O Decreto nº. 8.373, de 18/9/1922, codificou todas as disposições legais referentes à organização e funcionamento do notariado, ampliando-as, suprimindo-as ou modificando-as.

Deste diploma destaca-se:

- A manutenção da designação de notários e o qualificativo de funcionários públicos sem se saber bem qual a razão de tal qualificação;
- A manutenção do Conselho Superior do Notariado com a organização e atribuições que tinha pelo Decreto de 14-9-1900, mas com modificação no modo de eleição;
- O abandono da previsão do Curso de Notariado que nunca chegou a existir;
- A continuação da exigência da Licenciatura em Direito; e,
- A necessidade da prática e aprovação em concurso de provas pública.

No ano seguinte, o Decreto nº. 8.746, de 2/4/1923, publicado de novo em 13 do mesmo mês, em virtude de incorreções, alterou o Decreto nº. 8.373, já referido, no sentido de integrar os serviços notariais “o mais possível nos princípios gerais que entre nós servem de base à organização dos outros serviços públicos”, segundo se escreveu no relatório do referido Decreto.

Começaram, então, a ser publicadas disposições legais, mantendo uma cadência anual e acentuando progressivamente a funcionarização dos notários. A Lei nº. 1.631, de 17/7/1924,

elevou para o dobro os emolumentos da Tabela anexa ao Decreto nº. 8.373, de 18/9/1922, com exceção dos que eram calculados em relação ao valor dos atos e dos referentes à constituição de cooperativas e depósitos de testamentos cerrados.

O Decreto nº. 12.260, de 2/9/1926, extinguiu o Conselho Superior do Notariado e submeteu os notários à ação disciplinar do Conselho Superior Judiciário. O Decreto nº. 15.304, de 2/4/1928, aprovou o Código do Notariado, que só vigorou doze dias. O Decreto nº. 17.471, de 15/10/1929, atribuiu as funções de notário da Caixa Geral de Depósitos a um funcionário dessa Instituição⁸⁰.

O Decreto nº. 19.133, de 18/12/1930, aprovou o Código do Notariado, que era um decalque do Código de 1928, e que, cerca de onze meses depois, foi substituído por um novo Código – Decreto nº. 20.550, de 26/11/1931. O Decreto nº. 24.008, de 13/6/1934, permitiu que em todos os atos e contratos relativos à aquisição de casas e moradias econômicas em que fosse outorgante o Estado, através do Instituto Nacional do Trabalho e Previdência, a função de notário fosse desempenhada pelo Diretor de Serviços da Repartição de Previdência Social do aludido Instituto.

O Decreto-Lei nº. 24.489, de 13/9/1934, dispensou o Estado do pagamento de emolumentos. O Decreto-Lei nº. 26.118, de 24/11/1935, aprovou um novo Código do Notariado. Este diploma, de vigência mais prolongada do que qualquer um dos anteriores, a despeito das alterações sofridas, mormente quanto à disciplina dos notários e respectivo

⁸⁰ FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial: teoria e prática**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

peçoal auxiliar que passaram quase na íntegra, a ser regulados pelo Estatuto Disciplinar dos Funcionários do Estado, permaneceu, todavia, como um marco para os notários.

Seguiram-se vários diplomas, de entre os quais se salienta o Decreto-Lei nº. 32.033, de 25/5/1942, sobre escrituras de habilitação, até que o Decreto-Lei nº. 35.390, de 22/12/1945, mais tarde substituído pelo Decreto-Lei nº. 40.739, de 24-8-1956, criou no Ministério da Justiça a Direção-Geral dos Registos e do Notariado⁸¹.

2.4.4. DA CRIAÇÃO DA DIREÇÃO-GERAL DOS REGISTROS E DO NOTARIADO ATÉ A ADOÇÃO DO SISTEMA DO NOTARIADO LATINO

Criada a Direção-Geral dos Registos e do Notariado, tudo quanto dizia respeito à organização territorial e classificação dos cartórios, bem como ao provimento de lugares, às regalias e obrigações dos respectivos funcionários, veio a ser integrado no Decreto-Lei nº. 37.666, de 19/12/1949, posteriormente convertido na Lei Orgânica dos Serviços – Lei nº. 2.049, de 6/8/1951.

Há muito que esta lei foi revogada mas a orientação que presidiu à sua feitura manteve-se intacta até hoje. É possível afirmar-se que a funcionarização dos serviços notariais, então feita, foi sendo acentuada.

⁸¹ FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial: teoria e prática**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

Paralelamente, nova legislação notarial foi publicada. Surgiu, então, o Código do Notariado de 1960, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 42.933, de 20.04.1960, com o propósito, como no respectivo preâmbulo se dizia, não “... de introduzir qualquer modificação radical na natureza ou nos fins da instituição...”, mas de “... imprimir às normas regulamentares da função notarial um a sistematização mais lógica do que a anteriormente seguida...”.

Este Código veio a ser substituído pelo Código de 1967, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 47.619, de 31/3/1967, o qual foi submetido a numerosas alterações, a saber:

- Decreto-Lei nº. 49.056, de 12/6/1969;
- Decreto-Lei nº. 429/73, de 25/8;
- Decreto-Lei nº. 389/75, de 22/7;
- Decreto-Lei nº. 202/77, de 20/5;
- Decreto-Lei nº. 513-F/79, de 24/12;
- Decreto-Lei nº. 193ª/80, de 18/6;
- Decreto-Lei nº. 194/83, de 17/5;
- Decreto-Lei nº. 286/84, de 23/8;
- Decreto-Lei nº. 321/84, de 2/10; e,
- Decreto-Lei nº. 67/90, de 1/3, que entrou em vigor em 1/6/1990.

O atual Código do Notariado foi aprovado pelo Decreto-Lei nº. 207/95, de 14 de Agosto, sofrendo, entretanto, algumas modificações, introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 40/96, de 7 de Maio, 250/96, de 24 de Dezembro, 257/96, de 31 de Dezembro, 380/98, de 27

de Novembro, 375-A/99, de 20 de Setembro, 410/99, de 15 de Outubro, 64-A/2000, de 22 de abril, 237/2001, de 30 de Agosto, 273/2001, de 13 de Outubro, 322-A/2001, de 14 de Dezembro (na redação do Dec. Lei n.º 194/2003, de 23 de Agosto), 287/2003, de 12 de Novembro e 2/2005, de 4 de Janeiro⁸².

Finalmente, o Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de Fevereiro, aprovou o Estatuto do Notariado, consagrando uma nova figura de notário que reveste uma dupla condição: a de oficial, enquanto depositário de fé pública delegada pelo Estado, e a de profissional liberal, que exerce a sua atividade num quadro independente.

Na primeira condição, de oficial detentor de fé pública, o notário continua dependente do Ministro da Justiça, a cujo poder disciplinar e regulamentar está sujeito. Na segunda condição, ficando desvinculado do estatuto de funcionário público que antes gozava, o Notário aparece integrado numa nova classe profissional, liberal e independente.

Para se operar, de forma progressiva, a transição para este novo modelo, a Lei – artigo 106º do Estatuto do Notariado – consignou um período transitório de 2 anos, contados da data de sua entrada em vigor, para se proceder à transformação dos cartórios existentes (abrindo-se os correspondentes concursos para atribuição da competente licença de instalação), à resolução das situações funcionais dos notários e dos oficiais que deixassem de exercer funções no notariado (os quais seriam integrados em serviços da Direção Geral dos registos e do Notariado), à formação de novos Notários e às demais operações jurídicas e materiais

⁸² FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial**: teoria e prática. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

necessárias à transição dos meios que estavam ao serviço dos cartórios, incluindo a transferência do seu acervo documental.

Foi reconhecido aos notários, conservadores dos registros, adjuntos de conservador e de Notário e auditores dos registros e do notariado o direito de se apresentarem ao primeiro concurso para atribuição da licença de instalação de cartório notarial (concurso aberto por despacho de 20 de Abril de 2004, tornado público pelo Aviso nº. 4.994/2004, publicado no Diário da República – 2ª série -, de 20 de Abril, e complementado pelo despacho nº. 25 138/2004, publicado no Diário da República – 2ª série – de 7 de Dezembro), dando-se, porém, a preferência absoluta na atribuição da respectiva licença ao Notário que concorresse ao lugar de que era titular à data da abertura do concurso.

A lista final deste concurso de atribuição de licenças de instalação de cartórios notariais foi homologada, com dispensa de audiência dos interessados, por despacho do ministro da Justiça de 11 de janeiro de 2005, e publicada no Diário da República – 2ª série – de 20 de Janeiro, através do Aviso n. 491/2005.

Durante o período transitório estabelecido no Estatuto do Notariado, o ministério da Justiça promoveu ainda a realização de cursos de formação de notariado para licenciados em Direito, que decorreram em instituições universitárias, tendo em vista a sua preparação para o concurso de atribuição do título de Notário. Terminados os cursos, teve lugar o concurso para atribuição do título de Notário (cuja abertura foi autorizada pelo Aviso nº. 9.225/2004, publicado no Diário da República – 2ª série – nº. 235, de 6 de Outubro), compreendendo prova

escrita e entrevista, sendo os candidatos aprovados obrigados a frequentar estágio em cartório notarial⁸³.

A duração e os requisitos de acesso ao curso de formação, a tramitação do concurso para atribuição do título de Notário e o estágio subsequente constam da Portaria nº. 398/2004, de 21 de Abril. Só os licenciados, assim habilitados com o título de Notário, podiam apresentar-se ao segundo concurso de atribuição de licença de instalação de cartório notarial.

2.5. COMPETÊNCIA DO NOTÁRIO

Compete, em geral, ao Notário redigir instrumento público conforme a vontade das partes, a qual deve indagar, interpretar e adequar ao ordenamento jurídico, esclarecendo-as do seu valor e alcance com aduz o nº. 1 do art. 4º. do Estatuto do Notariado Português. O nº. 2 deste artigo, nas alíneas (a) a (m), acrescenta um rol de atos em que o Notário pode intervir ou que, em especial, lhe incumbe lavrar, exarar, passar, certificar ou transmitir testamentos, escrituras, atos jurídicos extrajudiciais, os instrumentos públicos, os termos de autenticação ou de reconhecimento de autoria de letra e/ou da assinatura, os certificados, as certidões, as fotocópias, as públicas-formas e os documentos análogos, etc., competindo-lhe ainda conservar os documentos que por lei devam ficar no arquivo notarial e os que lhe forem confiados com esse fim.

⁸³ FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial: teoria e prática**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

O Notário pode também requisitar de outros serviços públicos, à solicitação dos interessados, os documentos necessários à instrução dos atos da sua competência e preencher requisições de registro, remetendo-as à conservatória do registro predial ou comercial, acompanhadas dos pertinentes documentos e preparo⁸⁴.

Em suma, as funções de apoio consistem em: prestar informações para fins estatísticos; comunicar o registro diário dos atos; remeter o mapa mensal da atividade; cobrar o imposto do selo e o Imposto sobre Valor Agregado - IVA, devidos pelos atos praticados e transferi-los para o Ministério das Finanças; além da fiscalização do pagamento do imposto municipal sobre as transmissões onerosas de bens imóveis.

2.5.1. COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO NOTÁRIO

Na concretização dessa competência genérica, cabe, em especial, ao Notário, designadamente (art. 4º., nº. 2 do Estatuto do Notariado):

- a) lavrar testamento público, instrumentos de aprovação, depósito e abertura de testamentos cerrados e de testamentos internacionais;
- b) Lavrar outros instrumentos públicos nos livros de notas e fora deles;

⁸⁴ LOPES, J. de Seabra. **Direito dos registros e do notariado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

c) Exarar termos de autenticação em documentos particulares ou de reconhecimento da autoria da letra com que esses documentos estão escritos ou das assinaturas neles opostas;

d) passar certificados de vida e identidade e, bem assim, do desempenho de cargos públicos, de gerência ou de administração de pessoas coletivas;

e) Passar certificados de outros fatos que tenha verificado;

f) Certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos;

g) Passar certidões de instrumentos públicos, de registros e de outros documentos arquivados, extrai públicas-formas de documentos que, para esse fim, lhe sejam presentes ou conferir com os respectivos originais e certificar as fotocópias extraídas pelos interessados;

h) Lavrar instrumentos para receber a declaração, com caráter solene ou sob juramento, de honorabilidade e de não se estar em situação de falência, nomeadamente, para efeitos do preenchimento de requisitos condicionantes, na ordem jurídica comunitária, da liberdade de estabelecimento ou de prestação de serviços;

i) Lavrar instrumentos de atas de reuniões de órgãos sociais;

j) Transmitir por telecópia, sob forma certificada, o teor dos instrumentos públicos, registros e outros documentos que se achem arquivados no cartório, a outros serviços públicos perante os quais tenham de fazer fé e receber os que lhes forem transmitidos, por esses serviços, nas mesmas condições;

l) intervir nos atos jurídicos extrajudiciais a que os interessados pretendam dar garantias especiais de certeza ou de autenticidade;

m) Conservar os documentos que por lei devem ficar no arquivo notarial e os que lhe forem confiados com esse fim.

O art. 4º. do Estatuto do Notariado transcreve, nos seus n^{os}. 1 e 2, os correspondentes números de idêntico artigo do Código do Notariado, bem como, no seu n^o. 3, a norma do n^o. 4 do Código que permite que o Notário, à solicitação dos interessados, requirite por qualquer via, a outros serviços públicos, os documentos necessários à instrução dos atos da sua competência. O n^o. 4 do Estatuto vai finalmente permitir a plena entrada em vigor do disposto nos artigos 28º. –A, respectivamente dos Códigos Comercial e Predial, ao estatuir que incumbe ao Notário, a pedido dos interessados, preencher a requisição de registro, em impresso de modelo aprovado, e remetê-lo à competente conservatória do registro predial ou comercial, acompanhada dos respectivos documentos e preparo.

• *Recusa da prática de atos:*

O Notário deve recusar a prática de atos (n^o. 2 do art. 11º. Do Estatuto):

a) Que forem nulos, não couberem na sua competência ou pessoalmente estiver impedido de praticar;

b) Sempre que tenha dúvidas sobre a integridade das faculdades mentais dos participantes, salvo se no ato intervierem, a seu pedido ou a instância dos outorgantes, dois peritos médicos que, sob juramento ou compromisso de honra, abonem a sanidade mental daqueles.

O n.º 3 do mesmo art. 11.º. Precisa que o Notário não pode recusar a sua intervenção com fundamento de anulabilidade ou ineficácia do ato, devendo, contudo, advertir os interessados da existência do vício e consignar no instrumento a advertência feita.

2.5.2. COMPETÊNCIA TERRITORIAL

A regra da competência territorial do Notário é a área do conselho em que se encontra o cartório notarial. Salvo disposição legal em contrário, o Notário pode praticar, dentro da área do conselho em que se encontra sediado o cartório notarial, todos os atos de sua competência que lhe sejam requisitados, ainda que respeitem a pessoas ou bens situados fora dessa área (art. 4.º, n.º 3).

Significa a parte final da disposição citada que os interessados podem recorrer a um Notário da sua preferência, onde quer que seu cartório notarial se situe: é necessário apenas que aqueles interessados se encontrem no conselho ou se desloquem à área do conselho em que se localize o serviço notarial.

O Estatuto do Notariado consagra, no seu art. 7.º, a formulação constante do art. 4.º do Código do Notariado, acrescentando-lhe, todavia, no seu n.º 3, a possibilidade de, excepcionalmente, e desde que as circunstâncias justifiquem, a competência do Notário pode

ser exercida em mais de uma circunscrição contígua, mediante despacho do Ministro da Justiça, ouvida a Ordem dos Notários⁸⁵.

2.5.3. CARTÓRIOS NOTARIAIS DE COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA

O Decreto-lei nº. 35/2000, de 14 de Março, veio prever a possibilidade de serem criados, por portaria do Ministro da Justiça, cartórios notariais de competência especializada, abreviadamente designados por CNCE.

Os CNCE podem funcionar nas instalações de organismos ou institutos públicos, associações patronais ou empresariais, associações de consumidores de representatividade genérica e de âmbito nacional, câmaras de comércio e indústria e ordens profissionais, com a competência que for definida na respectiva portaria de criação. O primeiro CNCE foi criado em Lisboa pela portaria nº. 322/2000, de 6 de Junho, tendo-lhe sido atribuída competência para lavrar atos direta ou indiretamente relacionados com o direito sucessório – habilitações de herdeiros, partilha de património hereditários, doação de imóveis sujeitos à colação, dispensa de colação, testamentos públicos, etc., bem como para a feitura de instrumentos públicos a lavrar fora dos livros de notas, autenticação de documentos particulares, reconhecimentos, certidões e documentos análogos⁸⁶.

⁸⁵ LOPES, J. de Seabra. **Direito dos registros e do notariado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

⁸⁶ LOPES, J. de Seabra. **Direito dos registros e do notariado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

Entretanto, outros serviços notariais vem sendo criados, desta feita, de competência especializada ligados à atividade associativa empresarial, com atribuições para lavrar todos os *atos notariais ligados à atividade comercial e cooperativa*, bem como aos fins perseguidos por associações e fundações, incluindo os atos de constituição ou instituição de pessoas coletivas de direito privado.

O Estatuto do Notariado em seu artigo 127º. remete para diploma próprio a regulamentação dos cartórios notariais de competência especializada, bem como dos notários privativos, atualmente existentes em autarquias e em outras instituições.

2.6. A ESCRITURA DE COMPRA E VENDA

A compra e venda representa o paradigma dos contratos onerosos. Em consequência de sua importância econômica, a compra e venda surge como o negócio mais frequentemente titulado nos cartórios notariais, sendo responsável por uma enorme fatia de seus movimento e rendimento, sobretudo na província⁸⁷.

Ressalvando-se o caso da compra e venda com mútuo referente a prédio urbano ou fração autônoma destinada a habilitação, que pode, nos termos do Decreto-lei nº. 255/93, de 15 de Julho, ser titulada por documento lavrado pela instituição de crédito mutuante, o contrato de compra e venda dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habilitação, superfície ou servidão

⁸⁷ FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial: teoria e prática**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

sobre bens imóveis só é válido, se for celebrado por escritura pública conforme os artigos. 875º. do Código Civil e 80º. do Código do Notariado.

Trata-se de um contrato típico ou nominado que tem a sua regulamentação, para além dos outros diplomas, nos artigos 874º. e seguintes do Código Civil e nos artigos 463º. e seguintes do Código Comercial. Prescreve o referido art. 874º.: “Compra e venda é um contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço”.

Efeitos essenciais do contrato são, nos termos do artigo 879º., a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito, com a obrigação para uma parte de entregar a coisa e a obrigação para a outra parte de pagar o preço, como contrapartida da vantagem econômica adveniente.

Diz-se que a compra e venda é um contrato real *quoad effectum* por a transferência do direito, designadamente real, objeto do negócio jurídico, se produzir, por via de regra, por mero efeito do contrato nos termos do Artigo 408º, nº. 1. Nem sempre, porém, assim acontece.

Como resulta do nº. 2 desse art. 408º., a transferência de coisas futuras ou indeterminadas e de frutos naturais ou de partes componentes ou integrantes não se verifica quando da celebração do contrato, ficando dependente de um fato futuro, mas tal não significa que seja necessário celebrar outro negócio para se operar a transferência da propriedade, porque esta é sempre consequência da compra e venda.

As partes podem também convencionar que a transmissão do direito fique subordinada a um acontecimento futuro e incerto, ou seja, que o contrato fique sujeito a condição suspensiva – cfr. Art. 270º.

Quando o efeito translativo fica na dependência do pagamento do preço, estamos perante uma cláusula de reserva de propriedade ou de titularidade, conforme se trate de coisas corpóreas ou incorpóreas (v.g. venda de um imóvel ou de uma ação com espera de preço), que só é oponível a terceiros se for registrada na previsão dos artigos. 409º e 1302º.

A celebração de um contrato de compra e venda com reserva de propriedade ou de titularidade obsta, naturalmente, a que se transmita o direito sobre bem a que se reporta o negócio, enquanto o preço não for pago. Do contrato advém para o vendedor, como obrigação principal, a de entregar a coisa, salvo se o comprador a tinha já em seu poder (ex: venda da casa ao inquilino) ou se, pela natureza da situação, inexistente o dever de entrega (ex: venda de direitos de crédito).

De qualquer modo, sendo a compra e venda um negócio jurídico *quoad effectum*, a obrigação de entrega da coisa vendida, conquanto seja um dos efeitos essenciais do negócio, nada tem a ver com a transferência do direito. A obrigação de pagar o preço constitui, como vimos, o outro efeito essencial da compra e venda. Esta obrigação é pecuniária, em euros, mas pode ser também em moeda específica ou estrangeira, considerando os artigos. 550º, 552º e 558º.

2.6.1. LIMITAÇÕES À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO

Podem ser objeto da compra e venda todas as coisas, presentes ou futuras, de titularidade ou existência certa ou incerta, que a lei não declare inalienáveis e que não estejam fora do comércio. Convém ter presente, porém, que mesmo em relação às coisas transmissíveis, a lei estabelece muitas vezes limitações à celebração de contratos de compra e venda, o que obriga os notários a estar atentos à observância de certos requisitos e a exigência de determinados documentos para instrução de alguns tipos de atos de alienação, sob pena de eles poderem vir a ser considerados formalmente irregulares. Veja-se, a título meramente exemplificativo, algumas dessas limitações.

a) A lei consagra o princípio da imutabilidade dos regimes matrimoniais de bens no art. 1714º nº. 1 do Código Civil. O nº. 2 desse artigo estabelece a presunção de que determinados contratos entre cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens constituem derrogações do referido princípio, proibindo-os, portanto. É, assim, proibida a compra e venda entre cônjuges, exceto quando estes se encontrarem separados judicialmente de pessoas e bens.

b) Sem autorização do Ministério Público os pais não podem como representantes legais do filho menor alienar bens ou adquirir estabelecimento comercial ou industrial, não podendo igualmente adquirir, diretamente ou por interposta pessoa, bens ou direitos pertencentes a filhos menores – arts. 1889º e 1892º do CC.

c) Os pais e os avós não podem vender a filhos ou netos, sem o consentimento dos outros filhos ou netos e respectivos consortes, quando casados em regime de comunhão – nos termos previstos no art. 877º do Código Civil. Tem-se em vista evitar que, mediante uma compra e venda simulada, se façam doações descaracterizadas, com prejuízo da legítima, e, por isso, a proibição deve abranger não só os casos de venda direta, como os de venda feita por interposta pessoa (ex: a venda feita à mulher do filho do alienante, casada sob o regime da comunhão geral ou de adquiridos). Na venda a filhos, o consentimento é prestado pelos outros filhos ou, se tiverem falecido, pelos seus sucessores; na feita a netos, pelos filhos e pelos irmãos do neto beneficiado.

d) Os terrenos aptos para cultura não podem fracionar-se em parcelas de área inferior a determinada superfície mínima, correspondente a unidade de cultura fixada para cada zona do País pela Portaria n. 202/70, de 21 de Abril (nas áreas da Reserva Agrícola Nacional, a unidade de cultura corresponde ao dobro da área fixada pela lei geral para os respectivos terreno e região, por força do art. 13º. Do Decreto-Lei n. 196/89, de 14 de Junho), não sendo admitido também o fracionamento quando dele possa resultar o encrave de qualquer das parcelas, ainda que seja respeitada a área fixada para a unidade de cultura. A proibição abrange o terreno contíguo pertencente ao mesmo proprietário, embora seja composto por prédios distintos, com alude o artigo 1376º. da Lei Civil.

Importa por isso, consignar na escritura a declaração de que o ato não envolve fracionamento proibido, mesmo no caso em que a alienação de parcela de terreno iguale ou exceda a área da unidade de cultura fixada para a região onde o imóvel se localize, se o

alienante ficar a dispor de terreno contíguo ao alienado cuja área não corresponda, pelo menos, a uma unidade de cultura.

A citada declaração só é dispensável nos atos sujeitos a prévio pagamento de IMT, desde que tal declaração conste do respectivo documento de cobrança ou da declaração para a liquidação do IMT (uma vez que, em tal caso, o fim visado pela lei encontra-se assegurado pela intervenção da Administração Fiscal – conforme deliberação do CT de 30/04/96, publicada a pp. 24 do I caderno do BRN nº. 5/96, que se nos afigura continuar a ser aplicável, embora tenha sido proferida no domínio da vigência do CIMSISDD), convindo, ainda assim, mencionar no ato que tal declaração consta dos (ou de algum dos) documentos sobreditos.

De observar também, para além do que acaba de se dizer, que a divisão em substância de prédio rústico ou conjunto de prédios rústicos que formem uma exploração agrícola economicamente viável só poderá realizar-se para os fins e nas condições previstos no art. 20º. do Decreto-Lei nº. 384/88, de 25 de Outubro (redimensionamento de outras explorações ou reconversão da própria exploração, se da divisão resultarem explorações com viabilidade técnico-económica mas não resultar grave prejuízo para a estabilidade ecológica), estando o fracionamento, porém, dependente de parecer favorável da respectiva Direção Regional da Agricultura, emitido a requerimento do interessado, nos termos do nº. 1 do art. 45º do Decreto-Lei nº. 103/90, de 22 de Março.

e) O Decreto-Lei nº. 555/99, de 16 de Dezembro (cuja vigência foi suspensa pela Lei nº. 13/2000, de 20 de Julho, e que posteriormente foi alterado pelo Decreto-Lei nº. 177/2001,

de 4 de Junho, entrando em vigor no dia 3 de Outubro de 2001), estabelece regime jurídico da urbanização e da edificação.

Aí se definem as operações de loteamento como sendo as ações que tenham por objeto ou por efeito a constituição de um ou mais lotes destinados imediata ou subsequentemente à edificação urbana e que resulte da divisão de um ou vários prédios ou do seu emparcelamento ou reparcelamento, sujeitando-as a licença ou autorização administrativa – consoante artigos. 2º. i) e 4º. nºs. 2 a) e 3 a). A noção de loteamento urbano abrange, assim, o loteamento em sentido restrito (divisão de um prédio em lotes para efeitos de construção).

No que em particular diz respeito à figura do reparcelamento, diremos que cabe nessa noção a operação prevista no RJGT (Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 380/99, de 22 de Setembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº. 53/2000, de 7 de Abril, e pelo Decreto-Lei nº. 310/2003, de 10 de Dezembro), como instrumento de execução dos planos municipais de ordenamento do território. A operação de reparcelamento é da iniciativa dos proprietários ou da câmara municipal, isoladamente ou em cooperação, sendo licenciada ou aprovada pela câmara municipal, consoante a iniciativa do processo tenha cabido aos proprietários ou à câmara municipal, respectivamente (art. 131º).

A operação em causa envolve simultaneamente as três etapas seguintes: o agrupamento de terrenos localizados dentro de perímetros urbanos delimitados em plano municipal de ordenamento do território (massa de concentração), de que são retirados os terrenos destinados

à implantação das infra-estruturas, espaços e equipamentos públicos; a sua posterior divisão ajustada às previsões do plano (massa de distribuição); e a “adjudicação” dos lotes ou parcelas resultantes aos primitivos proprietários⁸⁸.

O título pelo qual os particulares que eram proprietários de determinadas parcelas aparecem, depois do reparcelamento, proprietários dos novos lotes é o ato administrativo de aprovação pela câmara municipal da operação de reparcelamento (quando a iniciativa do processo é da câmara municipal) ou de licenciamento ou de autorização (quando a iniciativa é dos proprietários), devendo constar, respectivamente, da certidão ou do alvará as referidas três etapas em que se desdobra a operação de reparcelamento – sobre o tema e, designadamente, sobre o modo como se deve efetuar o registro do reparcelamento.

De acordo com o estatuído no art. 49º, os instrumentos notariais relativos a atos ou negócios jurídicos de que resulte, direta ou indiretamente, a constituição de lotes nos sobreditos termos ou a transmissão de lotes legalmente constituídos (e também, a constituição de ônus de caráter real sobre eles) devem mencionar o número do alvará, a data da sua emissão pela câmara municipal e a certidão do registro predial. Os negócios jurídicos praticados com violação da obrigatoriedade de exibição e identificação do alvará de loteamento são nulos, por descumprimento de disposições legais de caráter imperativo – art. 294º do CC.

Salvo no caso de alvará de loteamento emitido ao abrigo dos Decretos-Leis nº.s 289/73, de 6 de Junho, e 400/84, de 31 de Dezembro, as escrituras públicas de primeira transmissão de

⁸⁸ FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial: teoria e prática**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

imóveis construídos nos lotes ou de frações autônomas desses imóveis não podem ser lavradas sem a exibição de certidão emitida pela câmara municipal, comprovativa da recepção provisória das obras de urbanização ou comprovativa de que a caução destinada a garantir a boa e regular execução dessas obras é suficiente ou comprovativa da sua conclusão em conformidade com os projetos aprovados, quando executadas pela câmara ou por terceiro⁸⁹.

A câmara municipal pode, no entanto, emitir certidão isentando de licença ou de autorização os atos que tenham descrição predial, desde que sejam observadas as condições previstas nos n.ºs 4 e 5 do art. 6º⁹⁰.

Assim, situando-se o prédio em perímetro urbano, é necessário que as parcelas resultantes do destaque confrontem com arruamentos públicos e que a construção erigida ou a erigir na parcela a destacar disponha de projeto aprovado quando exigível no momento da construção; nas áreas situadas fora dos perímetros urbanos, exige-se que na parcela destacada seja construído edifício que se destine exclusivamente a fins habitacionais com não mais de dois fogos e que na parcela restante se respeite a área mínima fixada no projeto de intervenção em espaço rural em vigor ou, quando aquele não exista, a área de unidade de cultura fixada nos termos da lei geral para a região respectiva⁹¹.

⁸⁹ FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial**: teoria e prática. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

⁹⁰ Por “parcela”, entende-se a área de território física ou juridicamente autonomizada, não resultante de uma operação de loteamento, enquanto que, por lote, se deve entender a área de terreno resultante de operação de loteamento, licenciada ou aprovada nos termos da legislação em vigor.

⁹¹ FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial**: teoria e prática. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

Na área correspondente ao prédio originário não é permitido efetuar novo destaque no prazo de 10 anos contados da data do destaque anterior, devendo este ônus de não fracionamento, bem como o condicionamento da construção a erigir fora do perímetro urbano, ser inscritos no registro sobre as parcelas resultantes do destaque, isto é, sobre a parcela destacada e sobre a parcela restante – cfr. n.º.s 6 e 7 desse art. 6º. Neste cenário é possível concluir que:

- O regime jurídico dos loteamentos urbanos não tem aplicação quando a divisão do terreno corresponda a construções concluídas anteriormente à vigência do Decreto-Lei n.º. 289/73, de 6 de Junho; e,
- O fracionamento de terrenos destinados a constituir ou ampliar logradouros de prédios urbanos não configura uma operação de loteamento, não sendo, portanto, necessária a apresentação de qualquer licença ou autorização ou certidão camarária, mas deverá constar das escrituras a identificação da parcela resultante do fracionamento, a identificação do prédio urbano ao qual a parcela vai ser anexada e ainda a identificação do prédio resultante da anexação.

Esta doutrina, proferida no domínio da vigência do Decreto-Lei n.º. 448/91, de 29 de Novembro, continua válida, pois, como pode ler-se no parecer do CT de 26/09/2002, publicado no II caderno do BRN n.º. 9/2002 a pp. 10 e ss., “o destaque de uma parcela de terreno para a constituição ou ampliação de logradouro de prédio urbano, face à disciplina do novo regime jurídico da urbanização e da edificação, aprovado pelo citado Decreto-Lei n.º. 555/99, de 16 de Dezembro, não constitui uma operação de loteamento, porque essencial ao conceito de loteamento continua a ser a constituição de um ou mais lotes destinados imediata ou subsequentemente à edificação urbana e a dita parcela, não tendo autonomia predial – por

existir apenas em função da finalidade em razão da qual foi desanexada (constituição ou ampliação de logradouro) -, não pode ser havida como um lote. É claro que também não pode ser considerado loteamento o fracionamento fundiário que visa outras finalidades, como a retificação de estremas de prédios.

f) O Decreto-Lei nº. 281/99, de 26 de Julho, estabelece um princípio geral segundo o qual *“não podem celebrar-se escrituras públicas que envolvam a transmissão da propriedade de prédios urbanos ou de suas frações autônomas sem se fazer perante o Notário prova suficiente da existência da correspondente licença de utilização, de cujo alvará se fará sempre menção expressa no documento”*. A menção do alvará deve, nos prédios submetidos ao regime de propriedade horizontal, *“especificar se a licença foi atribuída ao prédio na sua totalidade ou apenas à fração autônoma a transmitir”*.

Para não inviabilizar a transmissão de prédios urbanos já concluídos mas ainda sem licença de utilização e ao mesmo tempo para por cobro à incerteza em que se encontravam numerosos adquirentes de frações autônomas, transmitidas apenas mediante licença de construção, o legislador permitiu a substituição do alvará de licença de utilização pela exibição do alvará de licença da construção, qualquer que seja o seu prazo de validade, nas seguintes condições:

- Primeira transmissão – o transmitente tem de provar: que requereu a licença de utilização e declarar que a construção se encontra concluída; que não está embargada; que não foi notificado da apreensão do alvará de licença de construção; que o pedido de licença de

utilização não foi indeferido, que decorreram mais de 50 dias sobre a data em que esse pedido deu entrada no organismo competente e que não foi notificado para o pagamento das taxas devidas.

- Segunda transmissão de frações autônomas – além da prova de que foi requerida a licença de utilização, o transmitente apenas não tem de declarar que o respectivo pedido não foi indeferido nem a licença emitida no prazo de 50 dias sobre a data em que o pedido deu entrada no competente organismo e que não foi notificado para o pagamento das taxas devidas.

Tratando-se de prédios não concluídos, exige-se a assistência de licença de construção em vigor, mas, se tiver sido interrompida a construção na situação prevista no art. 73º.-A do Decreto-lei n. 445/91, de 20 de Novembro, na redação dada pelo Decreto-lei nº. 250/94, de 15 de Outubro, em virtude de falência do anterior titular da licença de construção, de abandono da obra por fato não imputável ao titular da licença ou ainda de efetivação da garantia bancária, a lei contenta-se com a exibição do alvará de licença da construção, independentemente do seu prazo de validade.

Essa permissão relativa a prédios não concluídos, é, no entanto, por força do que dispõe o nº. 5 do art. 2º. do mencionado Decreto-lei nº. 281/99, inaplicável à transmissão de frações autônomas de prédios urbanos constituídos em propriedade horizontal e a moradias unifamiliares, o que significa que a transmissão de prédios dessa tipologia, desde de que de construção inacabada, é colocada fora do comércio jurídico, embora nos pareça que se pode eventualmente sustentar a possibilidade dessa transmissão ao abrigo do regime geral da venda

de coisas futuras (arts. 408º. nº. 2 e 880º. nº. 1 do Código Civil) e de aludidas frações autônomas e moradias em construção serem objeto de contrato de promessa de compra e venda. De qualquer modo, a admitir-se estes negócios, terão de ser muito bem explicado às partes, sobretudo ao adquirente, para que não lhe restem quaisquer dúvidas sobre a posição jurídica em que fica colocado.

O Notário deve sempre consignar no instrumento o número e data da emissão do alvará da licença de construção e o respectivo prazo de validade, devendo ainda nas transmissões de prédios ou frações autônomas de prédios concluídos, mas sem licença de utilização, advertir aos outorgantes de que o titular do alvará de licença de construção e o primeiro transmitente de frações autônomas são solidariamente responsáveis pela obtenção da licença de utilização e o titular do alvará da licença de construção de que, sem prejuízo de outra responsabilidade que no caso couber, se constitui responsável pelos danos causados ao adquirente ou a terceiros, se as declarações por si emitidas não corresponderem à verdade.

Tratando-se, porém, de edifício construído antes de 7 de Agosto de 1951 (data a partir da qual passou a ser exigida a licença de utilização não haverá lugar à exigência da exibição perante o Notário nem do alvará de licença de utilização nem do alvará de licença de construção. A prova de que a construção é anterior a 07/08/1951 poderá ser feita através da matriz (caso de prédio inscrito antes dessa data), da respectiva certidão predial. De toda sorte, terá de ser feita documentalmente e ao notário cabe verificar se a construção não sofreu alterações depois dessa data.

Pode-se ainda suceder que o Regulamento Geral das Edificações Urbanas – que veio a exigir a licença de utilização – só tenha entrado em vigor, no conselho da situação predial alienando, posteriormente a 07/08/1951 e, portanto, que o mesmo, embora construído posteriormente à citada data, na estivesse, à época da sua construção, sujeito a tal licença. Nesta hipótese, há que fazer a prova (sempre documental) de que nada da construção do prédio não era exigível, no local da sua situação, licença de utilização. Outro caso de dispensa da licença de utilização ou de construção é o contemplado no nº. 6 do artigo 905º. do Código Processual Civil, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei nº. 38/2003, de 8 de Março, versando sobre o regime de venda executiva, na modalidade de venda por negociação particular.

Aí se diz que a venda de imóvel em que tenha sido, ou esteja sendo, feita construção urbana, ou fração dele, pode ser efetuada no estado em que se encontre com dispensa da licença de utilização ou de construção, cuja falta de apresentação o Notário fará consignar na escritura, constituindo ônus do adquirente a respectiva legalização. Convém ter presente que o Decreto-lei nº. 68/2004, de 25 de Março, estabelece um conjunto de mecanismos, visando reforçar os direitos dos consumidores à informação e à proteção dos seus interesses econômicos no âmbito da aquisição de prédio urbano para habitação.

Nessa linha de pensamento, o nº. 1 do artigo 9º. do referenciado diploma estatui que não pode ser celebrada a escritura pública que envolva a aquisição a título oneroso da propriedade de prédio ou fração destinada à habitação sem que o notário se certifique da existência da ficha técnica da habitação – quando exigível, é claro – e de que a mesma é

entregue ao comprador. O modelo da ficha técnica da habitação consta da Portaria nº. 817/2004, de 16 de julho (que entrou em vigor 30 dias após a sua publicação), onde se preceitua que a citada ficha é entregue em suporte de papel ao consumidor adquirente do prédio urbano ou fração autônoma destinada a habitação.

A exigência da aludida ficha técnica não se aplica relativamente aos prédios construídos antes da entrada em vigor do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-lei nº. 38.382, de 7 de Agosto de 1951, nem aos prédios que se encontrem edificados e sobre os quais exista licença de utilização ou haja requerimento apresentado para a respectiva emissão antes de 30 de Março de 2004.

g) Aquisição (onerosa ou gratuita) de bens imóveis situados em território nacional, efetuada por pessoas singulares ou coletivas não residentes, segue a disciplina jurídica das operações de investimentos estrangeiros quando se destina à criação, manutenção ou reforço de laços económicos estáveis e duradouros relativamente a uma empresa constituída ou a constituir em Portugal.

Os serviços notariais ficam obrigados a informar ao ICEP (Investimento, Comércio e Turismo de Portugal) a realização das operações de investimento estrangeiro que lhe tenham sido submetidas no exercício das suas funções, no prazo de 30 dias após a respectiva concretização – em atendimento ao disposto nos artigos. 5º. e 9º. do Decreto-lei nº. 321/95, de 28 de Novembro.

h) Aquisição de embarcações de pesca, registradas ou a registrar em portos nacionais, está sujeita à autorização previa do Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas, devendo ser exigida provas dessa autorização nas escrituras de compra e venda desse tipo de embarcações;

i) É vedada a transmissão de direitos reais sobre frações autônomas de prédios em regime de propriedade horizontal se que se exiba ao Notário documento probante da inscrição do respectivo título constitutivo no registro predial, ao menos que o ato de transmissão seja lavrado no mesmo dia em que foi lavrada a escritura de constituição da propriedade horizontal e com conhecimento pessoal do Notário, circunstâncias que devem ser nele expressamente mencionada – art. 62º. do Código do Notariado;

j) os focos de habitação social arrendados só podem ser vendidos ao respectivo arrendatário ou cônjuge e, a requerimento destes, aos seus parentes ou afins ou a outras pessoas que com eles coabitem há mais de um ano. A alienação dos focos de habitação social devolutos é feita por concurso, estando os fogos adquiridos sujeitos a um ônus de inalienabilidade, obrigatoriamente registrado, durante o prazo de 5 anos subseqüentes à aquisição – nos termos previstos nos artigos. 2º., 8º. e 10º. do Decreto-lei nº. 141/88, de 22 de Abril, na redação do Decreto-Lei nº. 288/93, de 20 de Agosto.

l) Sobre as habitações a custo controlados construídas para venda ao abrigo de contratos de desenvolvimento para habitação recai um ônus de inalienabilidade, sujeito a registro, pelo prazo de 5 anos a contar da data da primeira aquisição, ficando a subseqüente

transmissão, feita em desrespeito desse prazo, dependente do reembolso do valor suportado pelo Estado a título de bonificação, acrescido de 10% - à luz dos artigos 10º. 12º. Do Decreto-lei nº. 109/97, de 8 de Maio, tendo este último alterado, entre outros. O citado art. 12º.

m) A Lei nº. 107/2001, de 8 de Setembro – que estabelece as bases da política e o regime de proteção e o valorização do património cultural -, veio determinar que os imóveis classificados como de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal, ou em vias de classificação como tal, beneficiam automaticamente de uma zona geral de proteção de 50 metros, contados a partir dos seus limites externos, gozando os comproprietários, o Estado, as Regiões Autônomas e os municípios do direito de preferência em caso venda ou dação em pagamento desses bens ou dos imóveis situados na respectiva zona de proteção.

Para exercer este direito, a alienação ou a dação em pagamento dos bens classificados depende de prévia comunicação escrita ao competente serviço, constituindo o descumprimento do dever de comunicação impedimento à celebração pelos notários das respectivas escrituras - arts. 43º. e 36º a 38º da referida Lei.

2.7. REMUNERAÇÃO E ESTRUTURA DE ATIVIDADE

No que respeita à contrapartida remuneratória garantidora do bom funcionamento da atividade notarial em Portugal, houve preocupação, por parte do Ministério da Justiça a quem

incumbe a supervisão deste seguimento, no sentido de elaborar uma tabela que reproduzisse na sua essência os princípios fundamentais do notariado latino.

Foi aprovada a tabela de Honorários e Encargos, aplicável à atividade notarial exercida ao abrigo do Estatuto do Notariado aprovado pelo Decreto-Lei n. 26, de 04 de fevereiro de 2004

Buscou a tabela de custo dos atos valor ambas as perspectivas, tanto a do usuário como a do Notário, em seu papel de profissional do Direito independente e imparcial que é, com a premissa de que lhe seja acessível a todos, como consequência do caráter público da sua função.

Ademais, são objetivos do regime de emolumentos a solvabilidade do sistema e que os novos preços obtidos permaneçam proporcionalmente relacionados com seu custo econômico. Neste contexto, busca-se favorecer o princípio da proporcionalidade, o qual deve ser aferido, não só pelo serviço prestado, mas também e sobretudo pela responsabilidade que acarreta. Por isso, ele impõe que o mais valioso deva pagar mais e menos valioso deva pagar menos.

Neste sentido, subsume-se que o notário deva alferir emolumentos compatíveis nos atos de valor econômico reduzido, mesmo que sua delegação não seja rentável economicamente. Considerando puramente a cobertura dos emolumentos, a atividade do notário quase nunca poderia ser suportada pelos hipossuficientes. Deste modo, estar-se-ia recusando o acesso à Justiça a grande contingente.

É esta mesma preocupação que justifica e impõe a existência de Notários economicamente deficitários, mas que têm papel socialmente imprescindível. Na outra mão, em se tratando de atos que envolvam bens economicamente valiosos é razoável que os interessados arquem com honorários compatíveis com o interesse econômico pertinente ao ato outorgado.

Com efeito, não são apenas os direitos, taxas e impostos devidos ao Estado que são calculados com base no valor da operação. Os profissionais liberais recebem honorários em função do valor do serviço prestado. Ainda o fato de ter sido criado em Portugal um regime mais favorável relativo a compras e vendas, hipotecas e mútuos com hipoteca, constituições de sociedades de capital mínimo e testamentos.

Considerando a vertente pública da função, é desejável para o usuário das notarias, na esteira das legislações notariais europeias que o custo do ato notarial seja o mesmo em todo o território nacional. Este princípio não põe em causa a desejável concorrência entre os notários, já assegurada pela consagração dos princípios da livre escolha do notário e da territorialidade previsto no artigo 7º do Estatuto do Notariado e no n.º 3 do art. 4º do Código do Notariado e ainda pela existência de atos de custo livre, na esteira dos últimos relatórios da Comissão Europeia sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais.

Verifica-se uma tensão potencial entre, por um lado, a necessidade de um determinado nível de regulamentação nesta profissão e, por outro, as regras de concorrência no tratado. A fixação de preços máximos protege os usuários contra a cobrança excessiva de emolumentos.

A profissão de Notário na União Européia consigna uma exceção em que a regulação dos preços está associada a outras medidas regulamentares como restrições quantitativas à entrada e proibições à publicidade que constituem restrições da concorrência. Porém, a reforma do notariado adotou uma abordagem global favorável à concorrência, flexibilizando às restrições à entrada pela definição de um mapa notarial alargado, permitiu preços livres e em matéria de publicidade permitiu a conduta informativa.

A regra do *numerus clausus* claramente enuncia que na sede de cada município existe, pelo menos, um notário, cuja atividade está dependente da atribuição de licença. O interesse público de que cada conselho tenha um notário a par da segurança jurídica, é um interesse claramente definido e legítimo. Na outra mão, a regulamentação restritiva justifica-se pelos aspectos externos, isto é, por força do impacto que estes serviços têm perante terceiros, bem como perante o adquirente do serviço e, porque produz bens públicos importantes para a sociedade em geral.

O Estado não poderia prescindir de regulamentação em matéria de emolumentos. Por isso, a atual tabela assenta em conceitos jurídicos determináveis, conhecidos e consentâneos

com a tradição notarial portuguesa e europeia o que a torna auto-aplicável, erigindo como pedra angular, a Justiça na cobrança dos atos e a simplicidade da sua compreensão⁹².

⁹² RODRIGUES, Pedro Nunes. **Direito notarial e direito registral**: o novo regime jurídico do notariado privado. Coimbra: Almedina, 2005.

CAPÍTULO III

ANÁLISE COMPARATIVA DOS SISTEMAS NOTARIAIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS: PRINCIPAIS DIFERENÇAS

Em vista do que foi abordado, infere-se que a função do notário não se restringe a de um mero instrumentalizador de documentos. É o notário um intérprete do Direito eleito pelas partes por sua competência profissional, no afã de prestar assessoramento jurídico, permeado de isenção, objetividade e credibilidade, por intermédio da execução de atos revertidos de segurança jurídica.

Como preleciona Brandelli⁹³:

O caráter público que é atribuído à função notarial, repousa no fato de ser uma função delegada pelo Estado. Consiste numa atividade exercida em caráter privado, mas que preenche o aspecto de função pública, uma vez que a intervenção do tabelião atende a interesses gerais da sociedade, imprimindo autenticidade aos atos por ele praticados mediante sua fé pública

⁹³ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

3.1. O NOTÁRIO

3.1.1. Requisitos de Admissão a Concurso

No Brasil o ingresso na função notarial se dá por meio de delegação, cujo exercício depende dos requisitos estabelecidos no art. 14 da Lei no. 8.935/94, a saber, habilitação em concurso público de provas e títulos destinado a portadores de título de bacharelado em direito ou que tenham efetivo exercício a pelo menos dez anos na atividade notarial. Na via derivada aquele diploma prevê a remoção de uma serventia para outra a partir da habilitação em concurso de títulos.

É válido destacar que cada unidade da federação no Brasil dispõe ou disporá de legislação estadual específica regulando a matéria.

No Estado português podem habilitar-se ao concurso de atribuição de títulos de notário os indivíduos que até à data do encerramento do prazo de apresentação das candidaturas reúnam as seguintes condições, nos termos do disposto no art. 5º da Portaria no. 398 de 21 de Abril de 2004, do Ministério da Justiça:

a) Ter licenciatura em direito por universidade portuguesa ou possui habilitação académica equivalente em face à lei portuguesa;

b) Não estar inibido do exercício de funções públicas ou interdeito para o exercício das funções a que se candidata.

3.2. CONTROLE DA ATIVIDADE

Consoante o direito notarial brasileiro, incumbe ao Poder Judiciário a função fiscalizadora, o que ocorre por intermédio das corregedorias-gerais dos tribunais de justiça. Ainda cabe ao juízo de direito competente na esfera de sua jurisdição a elucidação de dúvidas materiais e fiscalização correicional permanente e singular.

No que pertine à criação, desdobramento, desmembramento, organização territorial e extinção das serventias, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, mesmo após a Constituição de 1988, segundo o qual compete privativamente aos tribunais de justiça, a propositura de projetos de lei acerca dessas matérias. Referido entendimento baseia-se nos dispositivos do art. 96, I, Alínea b, e II, Alíneas b e d, demonstrando que os serviços notariais e de registro continuam sendo considerados serviços reguláveis em leis de organização judiciária.

Em Portugal o controle da atividade notarial é exercida pelo Ministério da Justiça a quem cabe fixar diretrizes normativas coadjuvado pela Ordem dos Notários.

Aliás, a criação da Ordem dos Notários assim como a aprovação do seu Estatuto se deu na sequência do Decreto-Lei 26/2004, ou seja, por intermédio do Decreto-lei 27, de 04 de fevereiro de 2004.

3.3. ESCRITURA DE COMPRA E VENDA

A escritura pública é o instrumento dotado de fé pública, fazendo prova plena. Deve conter além dos requisitos contidos no artigo 108, do Código Civil Brasileiro de 2002, os indicados em leis especiais, a exemplo da Lei nº. 7.433, de 18 de Dezembro de 1985, dispondo sobre os requisitos para lavratura da escritura pública e seu decreto regulamentador n. 93.240, de 09 de Setembro de 1986.

No direito brasileiro, o conceito de compra e venda vem do art. 481 do Código Civil: *”Pelo contrato de compra e venda um dos contratantes se obriga a transferir domínio de certa coisa, e outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”*. Trata-se de contrato consensual, pois que é considerado perfeito desde o acordo de vontades. Fica claro, pelo próprio conceito legal, que compra e venda não é contrato real (aqueles que se tornam obrigatório apenas com a entrega da coisa), nem transfere a propriedade do objeto; ao contrário, obriga o vendedor a transferi-la. Se o vendedor não o fizer, estará deixando de executá-lo, inadimplindo-o, o que não tem relação com a celebração ou com a validade do contrato.

O que transfere a propriedade é a tradição da coisa, quando se tratar de bens móveis (art. 1.267 do Código Civil), ou o registro no registro de imóveis, se o bem for imóvel (art. 1.245 do Código Civil). Portanto, no caso de imóvel, no direito brasileiro, é o registro que transfere a propriedade e não a escritura de compra e venda, mesmo pública; isto porque o objeto do contrato de compra e venda é a obrigação de transferir o domínio de certa coisa e não a transferência dela em si.

Segundo Ceneviva⁹⁴, quanto ao conteúdo, são requisitos básicos para a lavratura da escritura pública:

a) dia, mês, ano e local da lavratura, na sede do tabelionato ou em diligência fora dela, e, se solicitado pela parte, indicação do horário de início e fim do lançamento;

b) nome e qualificação das pessoas naturais comparecentes ao ato, nacionalidade, profissão, domicílio, residência, estado civil (referindo ao cônjuge, se casado), regime de bens (legal ou estabelecido por pacto antenupcial, este a ser completamente caracterizado, incluindo número do registro imobiliário, onde, se for o caso, haja bem dos nubentes), número do documento de identidade, repartição expedidora e número de inscrição do CPF;

c) nome da pessoa jurídica, mediante comprovação documental, registro na Junta Comercial ou no registro civil de pessoa jurídica, a disposição estatutária ou contratual

⁹⁴ CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

autorizadora do comparecimento, qualificado o representante legal, com a indicação do modo de sua escolha;

d) para representação por procurador, mediante comprovação documental por instrumento público, data, livro e folha do serviço onde lavrado, e data do traslado ou certidão; por instrumento particular, com firma reconhecida, os elementos constantes dele;

e) em cumprimento de alvará judicial, entregue no ato, com identificação plena do juízo e data da emissão, com prazo de validade;

f) indicação do objeto do ato ou do negócio jurídico referido, pormenorizando a declaração das partes (ex: pagamento à vista ou a prazo, em dinheiro ou cheque, cumprindo compromisso ou não, com quitação plena ou parcial).

Uma vez encerrada a redação do ato, o ato é lido em voz alta para os comparecentes, assim sendo certificado. Se houver ressalvas e emendas, estas serão especificadas e ressalvadas. Ao fim, em resumo, são lançados o montante dos emolumentos devidos e o termo de encerramento, seguindo pela assinatura dos comparecentes, de próprio punho. Caso haja analfabetos, a rogo, com aposição da impressão digital do polegar direito. Uma vez que uma parte não assine a escritura, o fato é consignado, tornando-a sem efeito.

Na leitura de Ceneviva, há ainda, requisitos específicos a serem observados no procedimento de atos notariais, alguns dos quais sob responsabilidade civil e penal. No que

respeita a imóveis, o ato deve incluir os dados previstos nas leis pertinentes, especialmente a dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), do Parcelamento do Solo (Urbano, Lei. n. 6.766/79) e Rural (Decreto n. 58/73), das Incorporações Imobiliárias (Lei n. 4.591/64) e do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64). A rotina de trabalho do tabelião de notas inclui a verificação e a transposição de dados, para a escritura referente ao imóvel:

a) logradouro, número, município e distrito da localização. Tratando-se só de terreno, lado par o u ímpar do logradouro, quadra e distância métrica da esquina mais próxima, características e construções. Se tais elementos constarem, em forma atualizada, da certidão do registro de imóveis, o notário pode apenas indicá-la com clareza no instrumento lavrado, dispensando a transcrição, ficando arquivada no serviço.

b) título aquisitivo e respectivo registro imobiliário (transcrição ou matrícula e respectivos registros ou averbações), declarando inexistência de ônus ou impedimento, ou a existência deles, a serem especificados;

c) tratando-se de unidade em condomínio é necessário a declaração de quitação de despesas condominiais, impostos e taxas, com exibição das respectivas certidões, salvo se dispensado pelo adquirente.

Quanto à forma, deve constar do ato, o preço pago pela compra e venda, ajustado pelos contraentes, sem o qual o contrato não se concretiza.

É inerente à escritura pública, a segurança gerada para às partes, sobretudo em virtude da certeza do lugar de sua realização, da data da celebração do ato jurídico nela objetivado, isenção de artifícios que impliquem em futura nulidade, além da certeza quanto à legalidade e imutabilidade de seu conteúdo, a garantia de adequação técnica em razão do ato realizado, publicidade e conservação que outros instrumentos jamais oferecerão.

O registro no ofício de registro de imóveis em cuja base geográfica esteja inserido o bem, é imprescindível e constitutivo do direito de propriedade, eficaz desde o momento da apresentação do título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo, mas gera presunção *iuris tantum* do domínio, que pode ser elidida por provas inequívocas. Ressalta dessa forma, o caráter obrigacional da compra e venda, conferindo aos contraentes apenas direitos pessoais, ainda que todo o preço tenha sido pago pelo comprador.

No espectro do Direito Português, ressalvando-se o caso da compra e venda com mútuo referente a prédio urbano ou fração autônoma destinada a habitação, que pode, nos termos do Decreto-lei n. 255/93, de 15 de Julho, ser titulada por documento lavrado pela instituição de crédito mutuante, o contrato de compra e venda dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre bens imóveis só é válido, se for celebrado por escritura pública – como ditam os Artigos. 875º. do Código Civil e 80º. do Código do Notariado.

Portanto, trata-se de um contrato típico ou nominado que tem a sua regulamentação, para além dos outros diplomas, nos arts. 874º e seguintes do CC e nos arts. 463º. e seguintes do

Código Comercial. Prescreve o referido art. 874º: “*Compra e venda é um contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço*”.

Efeitos essenciais do contrato são, nos termos do art. 879º., a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito, com a obrigação para uma parte de entregar a coisa e a obrigação para a outra parte de pagar o preço, como contrapartida da vantagem econômica adveniente.

Quanto ao conteúdo do título, o art. 1418.º do Código Civil Português, dispondo sobre o conteúdo do título constitutivo, indica-nos quais as menções obrigatórias e quais as facultativas que devem e podem ser nele inseridas.

É obrigatório especificar no título as partes do edifício a que correspondem as várias frações, de forma a ficarem devidamente individualizadas, e fixar o valor relativo de cada fração, expresso em percentagem do valor total do prédio.

São facultativas as menções atinentes ao fim a que se destina cada fração ou parte comum, do regulamento do condomínio e da previsão do condomínio e da previsão do condomínio arbitral para a resolução dos litígios emergentes da relação de condomínio.

Observou-se todavia, um maior detalhamento demandado pela legislação portuguesa, no tocante à lavratura de instrumentos públicos de compra e venda, se comparada ao caráter,

não menos forma, mas sobretudo, mais generalista, da legislação civil brasileira, a respeito do mesmo assunto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função notarial, atividade assaz qualificada, constitui, como visto neste estudo, irrefutável tradição tanto no direito brasileiro como no português, este, influenciador de grande monta daquele.

Constatou-se de modo singular, uma oportunidade para o esclarecimento quanto às origens, estrutura, organização e mecanismos de fiscalização desta que se mostra progressivamente mais e mais profissionalizada atividade, hoje, reconhecida como exclusivamente jurídica.

Procurou a pesquisa, demonstrar a importância do notário para segurança e eficácia dos atos jurídicos, acarretando inclusive em positivos reflexos econômicos num cenário cada vez mais complexo e inseguro.

Com acentuada ênfase, buscou-se nesta oportunidade dissecar o relevante papel da Escritura Pública de compra e venda, situando-a nos sistemas notarial brasileiro e português, com seus mais peculiares aspectos.

Constatou-se ser este instrumento, de singular valor para a evolução dos contratos, por todas as características de segurança, que o mesmo representa, em qualquer que seja o ordenamento em que esteja inserido.

Contribui inclusive e, ao contrário do que se propaga, para o desenvolvimento econômico, graças à certeza de autoria, veracidade e sobretudo, por ser o notário, uma autêntica extensão do Estado, sendo um célebre ator, obstinado pelo bom deslinde das relações contratuais.

O recente processo dinâmico e aprofundado, de caráter evolutivo, por que vem sofrendo o notariado português, em franca e objetivada transição rumo aos mais arraigados preceitos do notariado latino, foram seguramente, uma gratificante descoberta da presente pesquisa.

A privatização dos serviços notariais, implementada por Portugal, com fulcro em experiências vencedoras de outros países, inclusive o Brasil, desvinculando-se da funcionarização que o engessava e o impedia de aperfeiçoar-se a contento dos tomadores de seus serviços.

O sistema de Notariado Latino demonstrou ser o mais econômico em relação aos recursos do Estado, despendidos com essa atividade, o que o compatibiliza com as premissas da Administração Pública Gerencial que hoje vem sendo adotada em vários países do mundo. O Estado gerenciador transfere para particulares vários encargos públicos visando um enxugamento da máquina administrativa e buscando uma maior eficiência nos serviços.

Os notários têm relatado e registrado na história, através dos tempos, a evolução do Direito e das sociedades. Desde os tempos mais remotos, a sociedade já sentia a necessidade

de meios para fixar e perpetuar os seus convênios, surgindo daí a necessidade de atuação dos encarregados da produção contratual, não obstante a pluralidade de denominações e o maior ou menor grau de limitação no desempenho da função.

Quanto ao discernimento entre os notários de base judicial e administrativa, o brasileiro situa-se numa posição eclética, intermediária, porquanto a delegação de notário no Brasil é dada pelo Poder Executivo. Porém, é ao Poder Judiciário que cabe exercer a fiscalização sobre os serviços delegados. O notariado brasileiro pode, ainda, ser classificado como notariado de profissionais, eis que exercem sua atividade de modo privado, não integrando a categoria de funcionários públicos, com, aliás, determina o artigo 236, caput, da Constituição Federal, e o artigo 3º da Lei nº. 8.935/94.

A ciência do direito notarial tem por objeto, de um lado, o estudo, a investigação e construção lógico-jurídica das regras e conceitos sobre o Notário, a função notarial e o instrumento público (direito notarial puro); de outro, o estudo das normas de direito substantivo respeitantes aos requisitos dos contratos e demais declarações de vontade dos particulares e da prática de aplicação dessas normas pelo Notário (direito notarial aplicado).

É crível sob o ponto de vista científico que existam tantos notariados quantos os direitos ou ordenamentos jurídicos e os tipos de sociedade. Os direitos são inúmeros, sob os mais distintos paradigmas. Tanto quanto os Estados, pelo menos. Não obstante, é possível

encontrar traços comuns, peculiaridades que permitam reuni-los em sistemas, pela comparação dos vários elementos que os compõem.

Os critérios considerados para a individualização das várias ordens jurídicas em sistemas têm variado ao longo do tempo. Têm sido ensaiados os da raça, da língua, da religião, da origem histórica, da ideologia política, da civilização e mesmo critérios mistos. O critério civilizacional, tendo como base as formas de vida social, tem sido o mais adotado. A partir dele separam-se os direitos em primitivos e civilizados e estes em três grupos: o romano-germânico (amplamente conhecido por *civil law*), o anglo-saxônico e o socialista.

O Notário não é um funcionário público, antes exerce a função pública de autenticação dos atos e contratos que formaliza. Também não é um profissional livre no sentido absoluto da expressão, dada a vertente pública da função. É um profissional que exerce a função pública. No sistema notarial latino, a função notarial compreende uma vertente profissional, um *officium civile* ou profissão jurídica de natureza privada e uma vertente funcional *officium publicum*, função certificadora e autenticadora.

A função privada refere-se ao conteúdo do documento e traduz-se, por um lado, na escolha e interpretação da vontade das partes, no auxílio à formação dessa vontade e, por outro lado, na adaptação desta ao ordenamento jurídico, na escolha e conselho dos meios adequados à realização dos fins pretendidos pelos interessados, na redação e conformação do próprio instrumento à lei, na explicação às partes do conteúdo e efeitos do ato. A função pública reporta-se ao documento na sua expressão externa de autenticidade dos atos ou das declarações de vontade do ato ou da relação jurídica.

Assim como o Notário é um profissional que exerce a função da fé pública, também a função certificadora ou autenticadora do Notário e a sua função assessora integram o conteúdo complexo da função notarial, dada a unidade que formam para produzir a realidade documental, constituída pela agregação destas duas facetas, funcional e jurídica, numa nova realidade, com vida própria, distinta dos elementos que a integram.

A função notarial nessa dupla vertente, pública e privada, assegura ao Notário papel de destaque no desenvolvimento social, revelando em sua missão principal, a lavratura de documentos, seu viés realizador da segurança jurídica, erguidas a partir da autenticidade e legalidade formal e substancial do instrumento público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYMARD, André; AYBOYER, Jeannine. **História geral das civilizações:** Roma e seu império – o Ocidente e a formação da unidade mediterrânea. Direção: Maurice Crouzet. v.3. São Paulo: Bertrand Russel, 1993.

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. **Código civil português:** anotado e actualizado. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica.** 2. ed. Florianópolis, 2003.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. **Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

CASABUENAS, Manuel J. Gonzáles. **Lineamentos históricos del derecho notarial.** Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1995

Código dos Registos e do Notariado. 5. ed. Aurora Silva Neto (org.). Lisboa: Ediforum, 2004.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94).** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil.** v. 1. São Paulo: Saraiva: 2003.

COMASSETTO, Míriam. **A função notarial como forma de prevenção de litígios.** Porto Alegre: Norton, 2002

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Herminio A. Carvalho (trad). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 13. ed. vol. III. São Paulo: Saraiva.

DECKERS, Eric. **Função notarial e deontologia**. Coimbra: Almedina, 2005.

FERREIRINHA, Fernando Neto; SILVA, Zulmira Neto Lino da. **Manual de direito notarial: teoria e prática**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico** – Nova ABNT. 12. ed. Porto Alegre, s.n., 2003.

FIÚZA, César. **Novo direito civil: curso completo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

FIÚZA, Ricardo (coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FOLLMER, Juliana. **A atividade notarial e registral como delegação do poder público**. Porto Alegre: Norton, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000,

GATTARI, Carlos Nicolás. **Prática Notarial**. v. 2. Buenos Aires. Depalma, 1995.

_____. **Prática Notarial**. v. 7. Buenos Aires. Depalma, 1999.

GATTARI, Carlos Nicolás. **Manual de derecho notarial**. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Fundação Calouste Gulbenkian.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GREMAUD, Amaury Patrick et alli. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1997,

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. ed. São Paulo. Atlas: 2003.

LOPES, J. de Seabra. **Direito dos registros e do notariado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

MARTINS, Cláudio. **Teoria e prática dos atos notariais**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MATOS, Albino. **A liberalização do notariado**: ensaio crítico. Coimbra: Almedina, 1999.

MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques de. **Dos emolumentos notariais e registrais**: doutrina, legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

MILANI, Maria Isabel Licks. **Atos de Lavratura de Escrituras Públicas de Compra e Venda no Estados-Partes do Mercosul**. Dissertação de Mestrado (orient. Odete Maria de Oliveira). Florianópolis. CPGD/UFSC, 2002.

MORAES, Emanuel Macabu. **Tabelião de notas**: escrituras, procurações, e testamentos públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Novo Código Civil Confrontado. Lei n. 10.046 de 10 de Janeiro de 2002. 3. ed. São Paulo: Método, 2003.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO. **Dicionário eletrônico**. Versão 5.0. Edição Revista e atualizada. Curitiba: Positivo Informática, 2004.

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Rio de Janeiro.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo:** como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Brasília: NH Comunicações, 1995

PILATI, José Isaac. **Teoria e prática do direito comparado.** 18. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil.** 3. ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, M. Gonçalves. **Notariado e burocracia:** desburocratizar, reformar, liberalizar. Coimbra: Coimbra, 1994.

POISL, Carlos Luiz. **Exortação aos tabeliães.** São Leopoldo – RS: Impressos Portão, 2004.

REZENDE, Afonso Celso Furtado de. **Tabelionato de notas e o notário perfeito:** direito de propriedade e atividade notarial. Campinas, SP: Copola, 1997.

RORIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito das coisas. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, José Carlos Gouveia. **Código do notariado:** anotado e comentado. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Manual teórico e prático do notariado.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

RODRIGUES, Pedro Nunes. **Direito notarial e direito registral:** o novo regime jurídico do notariado privado. Coimbra: Almedina, 2005.

Revista de Direito Imobiliário. n. 8. Ano 28. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Janeiro-Junho de 2005.

Revista de Direito Imobiliário. n. 25: Julho-Dezembro de 2002. São Paulo.

Revista de Direito Imobiliário. n. 48. Ano 23: Jan-Jun. de 2000. São Paulo.

Revista de Direito Imobiliário. n. 52. Ano 25: Jan-Jun. de 2002. São Paulo.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos jurídicos do planejamento econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SÉDILLOT, Hervé; RIONDET, Étienne. **Transmission du patrimoine**. 13. ed. Paris: Delmas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos**. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

VICENTINO, Cláudio. **História geral**. São Paulo: Scipione, 2005.

I Jornadas Internacionales de Derecho Notarial “Manuel Cubides Romero”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.